

**rBD** 

---

REVISTA  
BOLIVIANA  
DE DERECHO

---

FUNDACIÓN  
**IVRIS** TANTVM

 **IDIBE**  
Instituto de Derecho Iberoamericano

  
**tirant**  
lo blanch

Publicación de circulación Internacional  
**Revista Boliviana de Derecho**  
<https://www.revista-rbd.com/>

**Edita Fundación Iuris Tantum**

C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15  
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: [contacto@idibe.org](mailto:contacto@idibe.org)

**Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano**

C/ Luis García Berlanga, núm. 7, I-15  
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: [contacto@idibe.org](mailto:contacto@idibe.org)

web: [www.idibe.org](http://www.idibe.org)

**Edita: Tirant lo Blanch**

C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España)

Telf. +34 963 61 00 48

Correo electrónico: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

[www.tirant.com](http://www.tirant.com)

**Indexada en:**

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- REDIB (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas).
- RRDe (Ranking de las Revistas de Derecho por Especialidades de la Conferencia de Decanas y Decanos de Derecho): QI Multidisciplinar.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

e-ISSN: 2706-8080

© Derechos Reservados de los Autores

**Impreso en Bolivia - Printend in Bolivia**

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

# SUMARIO



## DOCTRINA

### A) DERECHO DE LA PERSONA

- 01/ El consentimiento informado y la aplicación de medios de contención mecánicos o farmacológicos en centros residenciales de personas mayores. Virginia Múrtula Lafuente (España) ..... 14
- 02/ El principio de libre elección del nombre propio frente a los nombres que hacen confusa la identificación. Cristina López Sánchez (España) ..... 60
- 03/ La constitución de la tutela de los menores en el Derecho español. María del Pilar Mesa Torres (España) ..... 84
- 04/ La protección de menores extranjeros no acompañados en España: marco jurídico civil común tras la invasión de Ucrania. Luis Corpas Pastor (España) ..... 104

### B) DERECHO DE FAMILIA

- 05/ Qué es familia y para qué sirve. Sobre la dudosa constitucionalidad del artículo 29 de la Constitución italiana. Vincenzo Barba (Italia)... 142
- 06/ Impuestos y familia: impacto de la tributación de impuestos que sólo pagan las mujeres en las familias en condiciones precarias. Prevención del daño. Graciela Medina (Argentina) ..... 172

### C) DERECHOS REALES

- 07/ A vueltas con la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles o cuasiusufructo. María Medina Alcoz (España) ..... 196
- 08/ El tratamiento registral de los pactos de atribución de privatividad en la sociedad de gananciales. Jesús Palomares Bravo (España) ..... 226

### D) DERECHO DE SUCESIONES

- 09/ Autonomía personal, autodeterminación sucesoria y financiación del cuidado de las personas mayores en el Derecho portugués. Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais (Portugal) ..... 260

### E) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 10/ La resolución del contrato por incumplimiento en Colombia. Nuevas tendencias en el Derecho privado. Emmanuel Guillermo Carreño Bernal (Colombia) ..... 296

## F) DERECHO DE CONSUMO

- 11/ Últimas sentencias en materia de cláusulas abusivas. Estado de la cuestión (II). María José Reyes López (España) ..... 334

## G) DERECHO FINANCIERO

- 12/ Concatenación transfronteriza de sujetos pasivos por inversión en el IVA europeo. Enrique de Miguel Canuto (España)..... 370

## H) DERECHO PROCESAL

- 13/ El agente encubierto en el ordenamiento jurídico italiano, un acercamiento desde el punto de vista procesal. Susana Sánchez González (España)..... 398

## CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 14/ La responsabilidad penal del enfermo mental: un análisis del déficit de internamiento psiquiátrico en la justicia boliviana. Alan Mauricio Zárate Hinojosa (Bolivia)..... 444

- 15/ Nuove forme di soggettività: le reti associative. Agnese Alamanni (Italia) ..... 474

- 16/ Inteligencia artificial: ¿mecanismo para la integración humana o herramienta de perpetuación del supremacismo occidental? Enric Bataller Ruiz (España) ..... 504

- 17/ Impugnación judicial de los actos administrativos y responsabilidad del Estado en la República Argentina. Mauricio Goldfarb (Argentina)..... 516

- 18/ Un acercamiento a la competencia de los entes locales para regular el burkini. Gabriel Luján Matos (España)..... 530

## COMENTARIOS DE SENTENCIAS

### A) DERECHO DE FAMILIA

- 19/ Abandono moral y material del hijo: el desinterés y desapego en la función parental. Comentario a la STS de España núm. 106/2024, de 30 de enero. Pilar María Estellés Peralta (España) ..... 552

- 20/ Discapacidad y consentimiento matrimonial. Comentario a la STS de España, núm. 91/2024, de 24 de enero. María de la Almudena Carrión Vidal (España)..... 568

- 21/ Matrimonio en peligro de muerte y simulación. Comentario a la SAP Barcelona, núm. 105/2022, de 15 febrero. María de la Almudena Carrión Vidal (España) ..... 584

### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 22/ Revocación de donación por ingratitud: la imputación al donante de delitos cometidos contra el donatario. Comentario a la STS de España, núm. 1713/2023, de 12 de diciembre. José María Cardós Elena (España) ..... 596

## PANORAMA

- 23/ Nuevo rol de los ascendientes en las relaciones familiares: inclusión vs. Exclusión. Carmen Sánchez Hernández (España).....618
- 24/ Apuntes sobre el contrato de distribución desde la perspectiva del Derecho comparado e internacional. Javier Badenas Boldó (España) ..... 652
- 25/ El derecho a la vivienda y las fórmulas de vivienda de protección pública. Análisis de la regulación autonómica y problemática en su aplicación práctica. Especial referencia a las viviendas colaborativas. Yolanda Bustos Moreno (España).....688
- 26/ Igualdad de género y poder judicial: ¿ficción o realidad? Virginia Pardo Iranzo (España).....710

## RECENSIONES

- 27/ Corpas Pastor, L.: *Responsabilidad Civil en el ejercicio de la odontología*, Aranzadi, Navarra, 2022. Por Jesús Palomares Bravo.... 732
- 28/ Ortega Giménez, A.: *Los matrimonios internacionales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Por María Elena Cobas Cobiella.... 735
- 29/ Tur Faúndez, C.: *Derecho probatorio de los contratos online automatizados*, Colex, Madrid, abril 2024. .... 738
- 30/ Molina Martínez, L.: *El daño indirecto o por rebote por causa de lesiones*, Dykinson, Madrid, 2023. Por José Ramón de Verda y Beamonte.....741

**FUNDACIÓN IURIS TANTUM**

(†) **DR. ORLANDO PARADA VACA**  
Presidente

**DIRECCIÓN GENERAL**

**DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA 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 Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**CONSEJO EDITORIAL**

**DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ**  
Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

**DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO**  
Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

**DR. RICCARDO MAZZARIOL**  
Prof. Titular de Derecho Privado, Università degli Studi di Padova, Italia

**DRA. ROSA MOLINER NAVARRO**  
Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

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

## COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA  
Catedrático de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles, Italia

DR. VICENZO BARBA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

CLARA BAYARRI GARCÍA  
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

DRA. MIRZIA ROSA BIANCA  
Catedrática de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER  
Catedrático de Derecho del Trabajo, Magistrado Sala 4ª del Tribunal Supremo, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ  
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO  
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

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

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS  
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO  
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. JORGE ESQUIROL  
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. ANDREA FEDERICO  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. GIAMPAOLO FREZA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO  
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI  
Catedrática Emérita de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO  
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA  
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN  
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

DR. LORENZO MEZZASOMA  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. GIOVANNI PERLINGIERI  
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de la Sapienza, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. ILIANA PORRAS,  
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

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

DR. FERMÍN MORALES PRATS  
Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Barcelona, España

DR. NELSON ROSENVALD  
Fiscal, Presidente del Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil, Brasil

DRA. ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI  
Catedrática de Derecho Privado, Universidad del Sannio, Italia

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,  
Magistrado de La Corte Suprema, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso. Chile



## 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 Titular 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 Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

### **Derecho Mercantil**

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES  
Catedrático 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 Contratado Doctor de la Universidad Politécnica de Valencia, España

### **Derecho Medioambiental**

DRA. ANNA MALOMO  
Catedrática de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Notarial y Sucesorio**

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

### **Teoría General del Derecho**

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ  
Catedrático 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 Titular de Derecho del Trabajo y de la SS, Universidad de Valencia, España.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: DR. ÁLVARO BUENO BIOT  
Investigador Postdoctoral, Universidad de Valencia, España

DR. ADRIÁN ARRÉBOLA BLANCO  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, España

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS  
Profesor Titular de Derecho de la Economía, Universidad de L'Aquila, Italia

DR. LUIS DE LAS HERAS VIVES  
Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano, España

DR. NICOLÒ CEVOLANI  
Investigador Postdoctoral, Universidad de Bolonia, Italia

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA  
Abogado, España

DR. MIGUEL HERRERO MEDINA  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Romano, Universidad Complutense de Madrid, España

DRA. CARLOTTA IPPOLITI MARTINI  
Profesora Investigadora de Derecho Privado, Universidad de Bolonia

DR. FRANCESCO LA FATA  
Investigador postdoctoral, Universidad de Mesina, Italia

DR. ANDRÉS MARÍN SALMERÓN  
Contratado "Margarita Salas", Universidad de Alicante, España

DR. JAVIER MARTÍNEZ CALVO  
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DR. GONZALO MUÑOZ RODRIGO  
Profesor Ayudante, Universidad de Valencia, España

DR. RICARDO PAZOS CASTRO  
Profesor colaborador asistente, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España

DR. VALERIO ROTONDO  
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad del Molise, Italia

DR. CALOGERO ALBERTO VALENZA  
Investigador postdoctoral, Universidad de La Sapienza, Italia





DOCTRINA



**EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA  
APLICACIÓN DE MEDIOS DE CONTENCIÓN  
MECÁNICOS O FARMACOLÓGICOS EN CENTROS  
RESIDENCIALES DE PERSONAS MAYORES\***

***INFORMED CONSENT AND THE USE OF PHYSICAL OR  
PHARMACOLOGICAL RESTRAINTS IN NURSING HOMES FOR  
THE ELDERLY PERSONS***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 14-59*

\* El presente trabajo es parte del Proyecto de I+D+i: PID2022-139899OB-I00 "Nuevos desafíos del Derecho Biomédico en la protección jurídico-civil de las personas mayores" financiado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa" y se enmarca también en el Grupo de Investigación consolidado "Discapacidad y Familia" (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Virginia  
MÚRTULA  
LAFUENTE

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 07 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Uno de los objetivos de los centros residenciales de personas mayores para el año 2025 en España, será proporcionar un cuidado a sus residentes sin el uso de sujeciones mecánicas o farmacológicas, salvo situaciones excepcionales y de urgente necesidad. Teniendo presente este objetivo, en este trabajo se analiza cuándo pueden utilizarse estas medidas de contención y bajo qué criterios. Entre ellos, el respeto a la dignidad, libertad y autonomía de la persona, la prescripción facultativa previa, el consentimiento informado y los principios de cuidado, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad, prohibición de exceso y transparencia.

**PALABRAS CLAVE:** Centros residenciales, contenciones físicas, consentimiento informado, discapacidad, dignidad.

**ABSTRACT:** *One of the goals for nursing homes for the elderly in Spain by 2025 will be to provide care to their residents without the use of physical or pharmacological restraints, except in exceptional and urgent situations. With this objective in mind, this paper analyzes when these restraint measures can be used and under what criteria. These include respect for the person's dignity, freedom, and autonomy, prior medical prescription, informed consent, and the principles of care, exceptionality, necessity, proportionality, temporariness, prohibition of excess, and transparency.*

**KEY WORDS:** *Nursing home, physical restraints, informed consent, disability, dignity.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. MARCO NORMATIVO.- I. Instrumentos internacionales de referencia.- A) *En el ámbito de Naciones Unidas.- B) En el ámbito del Consejo de Europa.-* 2. La Instrucción I/2022 de la Fiscalía General del Estado y otras normas nacionales.- 3. Normativa autonómica.- III. *PRÆVIUS: EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO EN CENTROS RESIDENCIALES DE PERSONAS MAYORES.-* IV. CRITERIOS PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE CONTENCIONES.- 1. Respeto a la dignidad, libertad y autonomía de la persona.- 2. Prescripción médica previa. 3. El consentimiento informado.- A) *El consentimiento prestado por el propio paciente como criterio general.- B) ¿En qué casos se otorgará el consentimiento por representación?- C) ¿Qué criterios debería seguir el representante en el ámbito sanitario?- D) ¿Cómo y cuándo se debe prestar el consentimiento?-* 4. Principios rectores en el uso de contenciones.- A) *Cuidado.- B) Excepcionalidad.- C) Necesidad.- D) Proporcionalidad.- E) Provisionalidad.- F) Prohibición del exceso y transparencia.* V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN.

En estos últimos años estamos asistiendo a un envejecimiento de la población que se prevé que continúe en los siguientes, debido, entre otras razones, al aumento en diez años de la esperanza de vida y al descenso en el número de nacimientos. Como resultado de este cambio demográfico, cada vez hay más personas mayores que padecen enfermedades crónicas. Así se espera que solo en Europa el número de personas que puedan necesitar cuidados de larga duración aumente desde los 19,5 millones de 2016 hasta los 23,6 millones en 2030<sup>1</sup>. Una parte importante de estas personas experimentan enfermedades neurodegenerativas o padecen algún tipo de limitación física, psíquica o funcional, que les impide cuidar de sí mismas e ingresan, por voluntad propia o por sobrecarga de sus cuidadores, en centros residenciales<sup>2</sup>. El 75% de las personas que viven en estas residencias, la mayoría de titularidad privada, tienen más de 80 años y el 70% de ellas son mujeres. Este aumento de la población mayor de 65 años no se ha visto, sin embargo, correspondido con un incremento acorde del número de plazas residenciales para ocuparse de sus cuidados<sup>3</sup>.

1 De acuerdo con los datos que figuran en el *Libro verde sobre el envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, Bruselas 27.1.2021, COM (2021) 50 final, pp. 18 y 19 Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>.

2 El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), en su página web (<https://imserso.es/centros/centros-personas-mayores/centros-residenciales>), define los centros residenciales como: "establecimientos destinados al alojamiento temporal o permanente, con servicios y programas de intervención adecuados a las necesidades de las personas objeto de atención, dirigidos a la consecución de una mejor calidad de vida y a la promoción de su autonomía personal".

3 Según datos oficiales publicados por el IMSERSO y el Ministerio de Derechos Sociales, en España hay unas 381.514 plazas residenciales para personas mayores que se reparten entre 5.188 centros, de los que el 75% son de titularidad privada frente al 25% de titularidad pública. Véase en: <https://imserso.es/el-imserso/documentacion/estadisticas/censo-de-centros-residenciales-en-espana>.

### • Virginia Múrtula Lafuente

Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Alicante. <https://orcid.org/0000-0002-7134-2644>. Correo electrónico: [vmurtula@ua.es](mailto:vmurtula@ua.es)



La falta de personal para atender a todos los residentes, muchos de ellos con patologías propias de su edad (demencia, o conductas asociadas a la misma, Alzheimer, Parkinson...), la sobrecarga de los cuidadores o la prevención de caídas, están entre las razones principales por las que se justifican las sujeciones físicas o farmacológicas en centros residenciales de personas mayores. El Comité de Bioética de España puso de manifiesto en un informe realizado en el año 2016 que el uso de estas contenciones en residencias geriátricas es más frecuente en España que en el resto de los países de nuestro entorno, llegando casi al 40%, frente a otros países como Francia, Italia, Noruega o EEUU que suponen alrededor del 15% y muy superior a países como Suiza, Dinamarca, Islandia o Japón, donde no llegan al 10%<sup>4</sup>. No obstante, el uso de contenciones no es exclusivo de residencias, pues también se pueden ver empleadas en otros centros como hospitales, centros de día, domicilios o servicios de urgencias, donde se cuide o esté siendo atendida a una persona mayor con alguna enfermedad cognitiva.

Para empezar a centrar el tema de estudio, hay que señalar que no existe un concepto legal de ámbito nacional que defina qué cabe entender por “contención”. Podemos recurrir a la definición que por tal término entiende el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que habla de ella como la “acción y efecto de contener, sujetar el movimiento de un cuerpo”. De forma más concreta, la OMS entiende por contención mecánica o física: “la restricción de movimientos mediante cualquier método manual, dispositivo físico o mecánico, material o equipo conectado o adyacente al cuerpo del paciente, que él o ella no puede sacar fácilmente”<sup>5</sup>. Estamos, por tanto, ante mecanismos que limitan la libertad de movimientos de una persona y de los que no puede librarse con facilidad.

Los dispositivos más usados para ello son las barras laterales de las camas, cinturones (abdominal o pélvico), chalecos de sujeción (torácico o integral), arneses de pecho, muñequeras y tobilleras, sábanas ajustables a la cama. Pero también se puede utilizar el propio mobiliario como medida de sujeción, como mesillas incorporadas a la silla, butacas o sillas bajas, sillas de ruedas frenadas, etc., todos ellos utilizados como dispositivos que producen una limitación o restricción de movimientos. Aunque desde un punto de vista asistencial, parece que existen

4 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: *Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*, p. 4 (<https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/Informe-Contenciones-CBE.pdf>).

5 Entre las definiciones más recientes se encuentra la que ofrece la Ley 3/2024, de 12 de abril, reguladora del modelo de atención en los centros de carácter residencial y centros de día de servicios sociales para cuidados de larga duración en Castilla y León (BOE, n.º 107, 2.5.2024), que afirma que la sujeción física: “Consiste en cualquier procedimiento que, mediante un dispositivo material, equipo mecánico o físico, impide el libre movimiento del cuerpo de una persona a una posición de su elección y/o el normal acceso a su cuerpo, por el uso de un método que se adhiere o adjunta o es adyacente al cuerpo de la persona y que ella no puede controlar o eliminar fácilmente” [art. 4.14.b)].

ciertas diferencias conceptuales entre sujeción, restricción y contención<sup>6</sup>, desde una perspectiva jurídica, todos estos métodos suponen una limitación a la libertad de movimientos que debe ser objeto de un similar tratamiento jurídico, como así haremos<sup>7</sup>.

En el caso de las sujeciones farmacológicas se trataría del uso de cualquier fármaco con la intención de limitar el nivel de conciencia, el comportamiento, la libertad de movimientos o la actividad física de una persona<sup>8</sup>. Son fármacos (en sus más variadas formas de administración) con capacidad sedativa, como las benzodiazepinas (entre ellas, el diazepam, lorazepam, lormetazepam...), antipsicóticos, antidepresivos sedantes (como la trazodona) o una combinación de ambos, al que se suele recurrir con el propósito de calmar a una persona, evitar que se autolesione o lesione a las de su entorno, incluso controlar una conducta inadecuada o molesta (vagabundeo, rechazo de cuidados, etc.). El primer grupo de fármacos actúan sobre el sistema nervioso, son utilizados en el ámbito médico para tratar problemas de ansiedad, estrés o insomnio y suelen causar bastante dependencia. Cuando se utilizan con fines distintos de los meramente terapéuticos, para anular o restringir la conducta de una persona, estaríamos ante una medida de contención y debería considerarse también una mala praxis profesional<sup>9</sup>.

La utilización de contenciones físicas y/o farmacológicas constituye un tema especialmente controvertido, con importantes implicaciones éticas y jurídicas, por cuanto pueden afectar directamente a derechos fundamentales como la dignidad de la persona (art. 10 Constitución Española), que constituye un presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de los demás derechos y libertades reconocidos en la Constitución, la libertad física (art. 17.1 CE, 14 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 5.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos), la integridad física y moral (art. 15.1 CE, 17 CDPD y 3 CEDH), la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE y 15 CDPD), la capacidad de la persona para decidir conforme a sus propios intereses y preferencias (art. 1.1 CE y 12 CDPD), la intimidad (art. 18.1 CE y 8 CEDH), la igualdad y la no discriminación (art. 14 CE, 5 CDPD y 14 CEDH), y no menos importantes -aunque no tengan la categoría de derecho fundamental- la protección de la salud (arts. 43 CE y 25 CDPD) y el compromiso de los poderes

6 Véase aquí para más detalle el documento de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento de Consenso sobre Sujeciones Mecánicas y Farmacológicas*. Comité Interdisciplinar de Sujeciones, Madrid, 2014, pp. 11-15.

7 Como afirma la *Separata del Informe anual del Defensor del Pueblo 2018. Atención a personas mayores. Centros residenciales*, Madrid, 2018, pp. 18-19.

8 Siguiendo el Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los Servicios Sociales Residenciales de la Comunidad Foral de Navarra (Boletín Oficial de Navarra número 204, de 14 de octubre de 2011).

9 En este sentido, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento*, cit., p. 16.

públicos de realizar políticas de previsión, tratamiento y rehabilitación de personas con discapacidad (art. 49 CE).

Este trabajo tiene como objetivo principal analizar cuándo estos derechos fundamentales pueden verse limitados ante la utilización de contenciones o sujeciones físicas o farmacológicas en centros residenciales de personas mayores (excluyendo, por tanto, otros ámbitos como el sanitario u hospitalario). Por cuanto estas prácticas no están exentas de riesgos, ya sea de carácter físico (como moratones, quemaduras, úlceras, infecciones, asfixia mecánica, muerte súbita, estrés físico y emocional, problemas cardiovasculares, riesgo de atrofia muscular, pérdida de fuerza, incontinencia o estreñimiento, etc.) o psíquicos (declives cognitivos, sentimientos de miedo, angustia o humillación, pérdida de autoestima, irritabilidad, etc.)<sup>10</sup>, pero sobre todo puede afectar a la dignidad de la persona. Del mal uso de las mismas se pueden generar responsabilidades, tanto para el médico que las ha prescrito como para el personal de la residencia que las aplica, así como también del propio centro donde se emplean, tema que no abordaremos en este trabajo al exceder del objeto de estudio propuesto.

## II. MARCO NORMATIVO.

En España no existe una normativa que a nivel nacional regule el uso de las sujeciones o contenciones mecánicas o farmacológicas y, de existir, debería hacerse a través de ley orgánica por afectar a un derecho fundamental como es la libertad de la persona (art. 17 CE)<sup>11</sup>. Si bien en el ámbito parlamentario nacional han sido presentadas sin éxito varias propuestas, como la Proposición no de Ley realizada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos relativa a la eliminación de sujeciones mecánicas en el ámbito asistencial (centros y residencias geriátricas y centros de asistencia a personas con enfermedades metales o neurodegenerativas), en mayo de 2017<sup>12</sup>; y la Proposición de Ley de derechos en el ámbito de la salud mental, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en marzo de 2019<sup>13</sup>, que decae como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales el 5 de marzo de 2019.

10 Vid. para más detalle, PINAZO-HERNANDIS, S., "Capítulo VIII. Sujeciones y contenciones físicas y químicas en las personas mayores: detractores de salud", en AA.VV.: *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*. Colección: Los derechos humanos de las personas mayores en España: La igualdad de trato y la no discriminación por razón de edad, FUNDACIÓN HELPAge INTERNATIONAL ESPAÑA, septiembre 2023, p. 184.

11 La necesidad de una ley orgánica que delimite las circunstancias extraordinarias vinculadas a la salud y al deterioro físico y mental de las personas mayores, especialmente en centros residenciales, ha sido puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo español en distintos informes. Entre ellos, DEFENSOR DEL PUEBLO: *Atención a personas mayores. Centros residenciales*, Madrid, 2020, p. 18 ([https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/06/Separata\\_personas\\_mayores\\_centros\\_residenciales.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/06/Separata_personas_mayores_centros_residenciales.pdf)).

12 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, XII Legislatura, n.º 229, pp. 2-5.

13 BOCG. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, 8 de marzo de 2019, núm. 376-1.

En el momento de escribir estas líneas, está pendiente de tramitación la Proposición de Ley General de Salud Mental, que retoma la anterior propuesta presentada ahora al Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Mixto<sup>14</sup>. En ella se prevé la implementación en todos los centros de cambios en el funcionamiento de los servicios tendentes a la eliminación de contenciones mecánicas y farmacológicas o de otro tipo, “mediante nuevas políticas y prácticas que deben ir encaminadas a formar a los equipos profesionales” para evitarlas (art. 33.1). Si bien no se prevé una prohibición total, pues está prevista la creación de un registro de contenciones mecánicas en los centros sociosanitarios (art.33.2).

La falta de ley nacional queda en cierta forma cubierta por los numerosos textos internacionales que pueden afectar al uso de contenciones. Así como también por la legislación a nivel autonómico, consecuencia de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Además, hay algunos protocolos (como el elaborado por la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología)<sup>15</sup>, y otras disposiciones generales a tener en cuenta, como la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad y el Acuerdo de 28 de junio de 2022 del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

## I. Instrumentos internacionales de referencia.

### A) En el ámbito de Naciones Unidas.

Hay que empezar señalando que los “Principios en favor de las personas de edad”, aprobados por la resolución 46/91 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991<sup>16</sup>, instan a los gobiernos a incorporar en sus programas nacionales principios como el que mantiene que las personas de edad deben poder disfrutar de sus derechos y libertades fundamentales, cuando residan en instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto a su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y calidad de vida.

14 BOCG. Congreso de los Diputados, XV Legislatura, 12 de enero de 2024, núm. 48-1.

15 Los protocolos y guías de actuación, como afirma BARRIOS FLORES, L.F.: “Uso de medios coercitivos en los ámbitos sanitario y sociosanitario”, *Derecho y Salud*, 2019, vol. 29, n.º extra I, p. 80, aunque no son normas jurídicas *strictu sensu*, “sus reglas bien pueden ser acogidas por el juez para configurar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto”, no solo de facultativos, sino también de enfermeros, auxiliares o celadores.

16 Disponible en: <https://social.desa.un.org/issues/ageing/resources/iyop-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las>

Atendiendo a que el 48,50% de las personas con discapacidad son mayores de 65 años<sup>17</sup>, otro texto fundamental de referencia es la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y ratificada por España sin ninguna reserva el 23 de noviembre de 2007), que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta Convención busca que todas las personas, con o sin discapacidad, tengan reconocidos y garantizados todos los derechos y libertades en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida (art. 12.2). De modo que el propósito declarado de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por igual a todas las personas (según dispone su art. 1.1.).

La Convención de Nueva York se caracteriza porque parte de lo que se ha venido en denominar “modelo social” de la discapacidad, distinto del “modelo médico”, que ha sido el tradicionalmente empleado para concebir la discapacidad, tanto desde el ámbito del Derecho internacional como nacional. A diferencia de este último, el modelo social considera que la discapacidad de una persona no está originada por las deficiencias que tienen su causa en las propias limitaciones funcionales, psicológicas o sensoriales, sino en gran medida por las circunstancias sociales y personales que la rodean. Dicho de otro modo, para el modelo social no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que incapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presente a las personas con discapacidad<sup>18</sup>. A todas las personas, con o sin discapacidad, les resultarían aplicables los principios generales de la Convención (art. 3), como el respeto de su dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las decisiones y la independencia de las personas [art. 3.a)].

En particular, el Informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad en sus Directrices sobre el art. 14 de esta Convención, relativo al derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad, ha pedido a los Estados que eliminen el recurso a tratamientos forzados, la reclusión y los diversos métodos de inmovilización en establecimientos médicos, con inclusión de las medidas de contención física, farmacológica y mecánica, pues ha constatado que estas prácticas no son compatibles con la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes<sup>19</sup>.

En esta misma dirección, el Relator Especial de Naciones Unidas de tortura y tratos inhumanos puso de manifiesto en su Informe de 2013, centrado en

17 PINAZO-HERNANDIS, S., “Capítulo VIII”, cit., p. 176.

18 Según explica CUENCA GÓMEZ, P.: *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, n.º 7. Universidad de Alcalá. Madrid, 2012, pp. 3-34.

19 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/72/55)*, Nueva York, 2017, p. 20 (<https://www.ohchr.org/es/documents/reports/report-committee-rights-persons-disabilities-thirteenth-session-25-march-17-april>).

ciertas formas de abusos en entornos sanitarios<sup>20</sup>, que hay prácticas que pueden traspasar el umbral del maltrato, contraviniendo la prohibición de tortura y malos tratos; y que es necesario promover una cultura de respeto a la integridad y dignidad humanas, formar a médicos, jueces y fiscales sobre normas relativas al consentimiento libre e informado y salvaguardarlo sin excepción [§ 85 d) y e)]. Asimismo, exhorta a los Estados a que impongan una prohibición absoluta del uso de medios de contención y que revisen las disposiciones jurídicas que permitan cualquier intervención o tratamiento coercitivo en el campo de la salud mental [§ 89 b) y d)].

*B) En el ámbito del Consejo de Europa.*

Centrándonos en Europa, este continente goza de una importante normativa sobre salud mental, sobre todo en forma de recomendaciones y resoluciones dirigidas a los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>21</sup>. Asimismo, existen normas más genéricas de aplicación directa que sirven de pauta interpretativa a tenor del art. 10.2 CE, como el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH) y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, también conocido como Convenio de Oviedo, por haberse firmado el 4 de abril de 1997 en esta ciudad<sup>22</sup>.

Empezando por este último, el Convenio de Oviedo, estamos ante un tratado impulsado por el Consejo de Europa, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000, y que pretende servir de base para el desarrollo de la bioética en este continente. En él los Estados firmantes se comprometen a proteger al ser humano en su dignidad, respetando su integridad y sus derechos con respecto a las aplicaciones de la medicina, estableciendo como regla general que la intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su consentimiento libre e informado, tras recibir una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias (art. 5). Y cuando no tenga capacidad para expresar su consentimiento (a causa de una disfunción mental, enfermedad o motivo similar), será necesaria la autorización de su representante, una autoridad o persona o institución designada por la Ley, debiendo intervenir en el proceso de autorización la persona afectada en la medida de lo posible (art. 5.3). Solo podrá ser sometida a una intervención una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser

20 A/HRC/22/53, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013.

21 Vid. aquí, BARRIOS FLORES, L.F.: "Derechos Humanos y salud mental en Europa", *Norte de salud mental*, 2010, vol. VIII, n.º 36, pp. 55-67.

22 Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>.

gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la Ley, que comprendan los procedimientos de supervisión, control y recurso (art. 7). Por otro lado, en situaciones de urgencia, cuando no puede obtenerse el consentimiento adecuado "podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada" (art. 8).

Siguiendo con los Convenios en el ámbito europeo, el CEDH recoge en sus arts. 3, 5, 8 y 14 las normas que serán de aplicación a los casos de medidas de contención aplicadas en residencias. En concreto el art. 3 dispone que: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". En desarrollo de este precepto se aprobó en Estrasburgo el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (1987), que establece en cuanto a las medidas coercitivas el uso preferente de persuasiones verbales y, solo ante su ineficacia, el uso de controles manuales, ordenados por el médico, que no se pueden prolongar en el tiempo y deben estar documentados.

La interpretación del art. 3 CEDH ha dado lugar a la elaboración de una interesante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos en los que se ha acudido a él cuestionando la necesidad, proporcionalidad o provisionalidad de una medida de contención mecánica sobre una persona, en un contexto sanitario o socio sanitario. Este Tribunal ha reconocido la especial vulnerabilidad de las personas con enfermedades mentales y para valorar si han existido o no malos tratos, considera que se deben apreciar todas las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales, y en algunos casos el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima.

Así, encontramos entre las más recientes la STEDH, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2020, caso Aggerholm contra Dinamarca<sup>23</sup>, que concluyó que existió violación del art. 3 CEDH debido al largo periodo de tiempo (casi 23 horas) en el que un interno con esquizofrenia, que se encontraba en un centro psiquiátrico penitenciario, estuvo sometido a una contención mecánica (inmovilizado con un cinturón y correas en muñecas y tobillos). Para ello la Corte europea tuvo en cuenta que varias horas antes el personal sanitario de guardia refiere que el paciente/demandante se encontraba "tranquilo" y hablador y que durante doce horas no se realizó ninguna evaluación de peligro por parte de un médico. El TEDH recuerda que en este contexto no es suficiente que la decisión de recurrir a la medida cautelar fuera "estrictamente necesaria" para prevenir un riesgo inmediato e inminente de daño a otras personas, ya que también es un requisito que la medida restrictiva no se prolongue más allá del período que

23 STEDH, Secc. 2.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2020, caso Aggerholm contra Dinamarca (JUR 2020, 271857).

sea “estrictamente necesario” (§ 84), correspondiendo al Estado demostrar de manera convincente que se cumplió esta condición (§ 102).

También resulta clarificadora la STEDH de 18 de octubre de 2012, caso Bureš contra la República Checa<sup>24</sup>. Como figura en los hechos del caso, el demandante era un hombre frágil de complexión delgada que padecía una enfermedad mental y que bajo los efectos de una sobredosis de medicación es trasladado a un centro, donde lo ataron a una cama con correas durante varias horas debido a su supuesta “inquietud”. Su inmovilización se justificó por su comportamiento presuntamente agresivo hacia un enfermero, pero no hubo informes de ello a la policía y no había detalles sobre la naturaleza del ataque en ninguna parte del expediente del caso. Debido a la inmovilización realizada, el Sr. Bureš sufrió una severa paresia bilateral de los nervios del codo. El TEDH observa que tanto los estándares europeos como los nacionales son unánimes al declarar que las restricciones físicas sólo pueden usarse excepcionalmente, como último recurso y cuando su aplicación es el único medio disponible para prevenir daños inmediatos o inminentes al paciente o a otras personas, lo que no implica que se puedan usar simplemente cuando el paciente está inquieto (§§ 95-96). El Tribunal también tiene en cuenta las normas europeas y nacionales que exigen un registro adecuado de cada uso de medidas de coerción, lo que, entre otras cosas, facilita cualquier revisión posterior sobre si su uso estaba justificado y en este caso no hay ninguna información sobre cuándo se aplicaron las inmovilizaciones por primera vez (§§ 102-103).

Entre las recomendaciones del Consejo de Europa cabe destacar, en primer lugar, la Recomendación Rec (2004) 10, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen trastorno mental<sup>25</sup>, que insta a los Estados miembros a que solo se empleen medidas de contención en instalaciones adecuadas para prevenir daños inminentes para la persona concernida o terceros, y parte del principio de mínima restricción y con supervisión médica (arts. 8 y 27), siempre en proporción con el riesgo, la finalidad terapéutica y la obligación de que sean sustituidas lo antes posible por un tratamiento voluntario, consultándose, siempre que sea posible, con la persona a la que le afecta (arts. 17-18 y 27).

Por otro lado, se encuentra la Recomendación Rec (2014) 2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores<sup>26</sup>, donde específicamente se indica que: “las personas mayores que reciben atención institucional tienen derecho a la libertad de movimiento. Cualquier restricción deberá ser legal, necesaria y

24 STEDH de 18 de octubre de 2012, caso Bureš contra la República Checa (JUR 2012, 332821).

25 Disponible en: <https://www.alansaludmental.com/%C3%A9tica-y-ddhh-en-sm/organismos-institucionales/ue/>.

26 Disponible en: <https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/2014/en/101260>.



proporcionada y conforme con el Derecho internacional. Deberán existir medidas de control adecuadas para la revisión de dichas decisiones. Los Estados miembros deberán garantizar que cualquier limitación individual para una persona mayor se implementará con el consentimiento previo libre e informado de dicha persona, o como respuesta proporcional a un riesgo de daño” (§ 41). Los Estados miembros también deben de velar porque exista una autoridad u organismo independiente que inspeccione estas instituciones residenciales, tanto públicas como privadas, y se prevean mecanismos de denuncia y reparación para cualquier deficiencia en la calidad de la atención (§ 42).

Finalmente, hace unos años la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la Resolución 2291 (2019) que lleva por título *Ending coercion in mental health: the need for a human rights-based approach*<sup>27</sup>, donde insta a los Estados miembros a reformar los sistemas de salud mental para adaptarse a un enfoque basado en los derechos humanos que sea acorde con la CDPD, incluido el derecho de todas las personas a la atención de su salud sobre la base de un consentimiento libre e informado (§ 5). Y ello por cuanto, tanto dentro como fuera de Europa se han logrado altas tasas de éxito en la prevención y reducción de prácticas coercitivas, por lo que deberían abandonarse (§ 6).

En abril de 2022 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa publicó también otra Resolución a favor de la desinstitucionalización de las personas con discapacidad, exhortando a los gobiernos y órganos legislativos a potenciar un marco legal en el que se protejan los derechos humanos de las personas que se ven afectadas por intervenciones involuntarias.

Aparte de estas normas de *soft law* (recomendaciones y resoluciones) y de los citados Convenios, no parece probable que en el Consejo de Europa se vaya a aprobar en corto o medio plazo un instrumento vinculante para la protección de los derechos humanos de las personas mayores<sup>28</sup>.

## 2. La Instrucción I/2022 de la Fiscalía General del Estado y otras normas nacionales.

Ante la falta de una ley especial que regule el uso de contenciones en España, es la propia Constitución la que debe servir de marco legal, en primer término, para la protección de los derechos de la persona sometida a sujeciones, por cuanto este tipo de medidas puede afectar, además de a la libertad de la persona (art. 17 CE), a su dignidad (art. 10 CE), integridad física y moral, así como la prohibición de

27 Disponible en: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28038>.

28 FUNDACIÓN HELPAGE INTERNACIONAL ESPAÑA: *La discriminación*, cit. p. 83

tratos inhumanos y degradantes (art. 15.1 CE), su intimidad personal (art. 18), la igualdad y la no discriminación (art. 14 CE).

Otras normas a tener en cuenta serían, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que en su art. 4.2 a) señala que las personas en situación de dependencia tienen derecho: “A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad” y en su apartado g) recoge entre sus derechos el de “decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial”. El respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, su dignidad personal y la libertad de tomar sus propias decisiones, vienen contempladas también en los arts. 3 y art. 6 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Para que esta autonomía sea efectiva, la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal, de manera que les resulten accesibles y comprensibles. Asimismo, se deberá asegurar la provisión de apoyos para facilitar la toma de decisiones de manera independiente y autónoma.

La preocupación sobre el empleo de sujeciones en unidades psiquiátricas y residencias de mayores en España ha sido una constante, no solo de las memorias del Defensor del Pueblo, sino también de las fiscalías. Lo que ha cristalizado en la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad (en adelante, Instrucción 1/2022 de la FGE)<sup>29</sup>. Esta Instrucción es lo más cercano a una norma común a nivel nacional sobre el uso de contenciones. En ella, se asume que todavía queda por alcanzar un sistema de “sujeciones cero”, “por lo que es preciso establecer, mientras pervivan, sistemas de supervisión y control en la utilización de estos recursos para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de las personas afectadas, tarea a la que no puede ser ajena el Ministerio Público”, como defensor de los derechos de las personas mayores y/o con discapacidad.

Esta Instrucción, atendiendo a los textos internacionales más relevantes que inciden sobre la materia ya expuestos, la normativa de las distintas comunidades autónomas y las recomendaciones realizadas por el Comité de Bioética de España, ha establecido una serie de presupuestos que deben orientar la utilización de contenciones mecánicas y farmacológicas y que tomaremos como guía en la estructura de este trabajo.

---

29 BOE n°. 36, de 11 de febrero de 2022.

El objetivo a conseguir lo ha marcado el Acuerdo de 28 de junio de 2022 del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, Acuerdo del CTSS-SAAD), publicado por Resolución de 28 de julio de 2022 de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales<sup>30</sup>. En el mismo se establece que cada centro residencial deberá contar con un plan de atención libre de sujeciones, ya sean físicas, mecánicas, químicas o farmacológicas, efectivamente implantado antes del 30 de junio de 2025, además de un plan de formación al personal de atención directa. Asimismo, considera que solo se podrá aplicar sujeciones “en situaciones excepcionales y de urgente necesidad en las que exista un peligro inminente que ponga en riesgo la seguridad física de la persona usuaria, de las personas cuidadoras o de terceras personas y en las que previamente se haya constatado claramente el fracaso de otras medidas alternativas” (apdo. Decimoquinto). Esta resolución resulta de aplicación a los centros y servicios de atención a la dependencia de titularidad privada y concertada, pero también pública [por cuanto estos últimos quedan sujetos a la hora de observar las condiciones y requisitos de calidad y garantía en las prestaciones que se exijan para la acreditación de los centros y servicios privados (Sección primera, apdo. primero)]<sup>31</sup>.

### 3. Normativa autonómica.

La mayoría de las Comunidades Autónomas en España se han preocupado por legislar en materia de contenciones, al asumir competencias que convergen con la acción social de la Administración General. En sus regulaciones encontramos como elementos comunes de conexión que: i) el uso de contenciones físicas o tratamientos farmacológicos deben ser acordados por un facultativo, de forma motivada y expresa<sup>32</sup>; ii) debe concurrir el consentimiento expreso y por escrito del usuario o su representante legal, e informar a la familia, si el usuario o su representante no prestan su consentimiento, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física de la persona usuaria del centro o de terceros; y iii) durante

30 BOE n.º 192, de 11 de agosto de 2022.

31 Interesa destacar también que la Orden del Ministerio de Sanidad SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE n.º 78, de 21 de marzo de 2020), dispuso entre las medidas relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes con COVID en las residencias de mayores y otros centros sociosanitarios que: “El centro deberá atender especialmente, el mantenimiento en la zona de aislamiento que le corresponda a aquellas personas deambulantes o errantes, con trastorno neurocognitivo, de manera que se le permita deambular sin que le resulte posible salir de esa zona de aislamiento, evitando la utilización de sujeción mecánica o química” (apdo. 2.º.8).

32 Así, la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía [art. 11.m)]; la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón [art. 7.1.o)]; la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears [art. 9.1.n)]; la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias [art. 11.j)]; la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria [art. 6.s)]; la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de Servicios Sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (art. 10); la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra (art. 8, desarrollado por el Decreto Foral 221/2011).

el tiempo que dure la sujeción deberá haber supervisión periódica facultativa y de enfermería y registrarse adecuadamente en la historia clínica del paciente.

El Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Foral de Navarra, ha sido la primera norma específica en el ámbito autonómico cuyo objeto fue reducir y regular este tipo de sujeciones y para ello establece pautas y procedimientos de actuación homogéneos para todos los centros.

En la misma dirección van otras normas autonómicas más recientes, donde se reconoce el derecho del paciente a no ser objeto de ningún tipo de restricción física o intelectual, por medios mecánicos o farmacológicos, como es el art. 6.s) de la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo de derechos y servicios sociales, reformado por la Ley 11/2018, de 21 de diciembre.

La última norma de la que tenemos referencia es la Ley 3/2024, de 12 de abril, reguladora del modelo de atención en los centros de carácter residencial y centros de día de servicios sociales para cuidados de larga duración en Castilla y León<sup>33</sup>. En la misma línea que la Ley de Cantabria, se consagra en ella el derecho de las personas usuarias de centros de carácter residencial y centros de día a ser atendidas sin ningún tipo de restricciones, tanto mecánicas como farmacológicas (art. 13.1). Solo y de manera excepcional, en intervenciones puntuales para la preservación de la integridad física de la persona usuaria o de terceros, los centros podrán practicar alguna medida de restricción (art. 13.2). Además, se detalla la utilización de las sujeciones físicas que: tendrán siempre la consideración de medida extraordinaria y temporal, exigirán, en todo caso, la tramitación de un procedimiento previo a su aplicación, que será iniciado por un profesional facultativo, pasando luego por un miembro del equipo técnico, la dirección del centro y, si es favorable, se comunicará al Ministerio Fiscal en un plazo de 48 horas desde el momento en el que se inicie su aplicación (art. 13.3)<sup>34</sup>. Este mismo procedimiento está previsto cuando se precise la administración de fármacos psicotrópicos de forma prolongada por más de 7 días (art. 13.4). La norma da de

---

33 BOE, n.º 107, 2.5.2024.

34 Así, dice el art. 13.3: "Un miembro del consejo técnico, designado por la dirección, tramitará inmediatamente la propuesta, recopilando la documentación necesaria (consentimiento informado, constatación escrita del fracaso de otras medidas alternativas, identificación de la medida, información necesaria para su utilización, específicamente su duración y el profesional encargado de aplicarla, información sobre la necesaria supervisión facultativa y el protocolo de actuación específico para su eliminación en el plazo más breve, así como otra documentación que se considere de interés para el caso concreto) y realizará propuesta de autorización a la dirección del centro, quien resolverá en un plazo máximo de veinticuatro horas a partir del momento en el que se inicia el procedimiento. En caso de autorización favorable se comunicará al Ministerio Fiscal en un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento en el que se inicia el procedimiento".

plazo hasta el 22 de mayo de 2025 para que los centros residenciales y de día dejen de aplicar sujeciones que no tengan carácter de urgencia (DA 4.<sup>a</sup>).

### III. *PRÆVIUS*: EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO EN CENTROS RESIDENCIALES DE PERSONAS MAYORES.

Cuando la persona mayor conserva la capacidad para tomar decisiones, deberá ella misma consentir si quiere vivir en su casa o ingresar en un centro residencial [art. 4.2 g) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia]. Con todo, muchos mayores que acceden o viven en una residencia no tienen suficiente capacidad para decidir, libre y conscientemente, sobre dónde y cómo quieren estar.

El ordenamiento jurídico español no ha previsto todavía una regulación adecuada sobre los internamientos involuntarios de las personas en esta situación<sup>35</sup>. Ante este vacío legal, nuestro Tribunal Constitucional ha entendido aplicable en el caso de internamientos no voluntarios de personas mayores en centros residenciales el art. 763 LEC, que exige que el internamiento por trastorno psíquico de una persona que no sea capaz de decidirlo por sí misma sea autorizado judicialmente (SSTC 13/2016, de 1 febrero, 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 8 junio)<sup>36</sup>. Con ello, ha hecho una interpretación extensiva de la norma, que solo habla de “centro”, con el propósito de garantizar por vía judicial el internamiento en centros residenciales de estas personas de mayor edad que no han consentido por sí mismas<sup>37</sup>.

35 Obsérvese que la Proposición de Ley General de Salud Mental, de enero de 2024, establece en su art. 34 que: “1. No procederá el internamiento u hospitalización en contra de la voluntad del o la paciente, salvo los supuestos restringidos y tasados en que lo determine una ley orgánica y siempre previa autorización judicial. Las comunidades autónomas, dentro de sus competencias, crearán registros centralizados para ingresos forzosos. Los registros serán elevados al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. 2. Los proveedores de salud mental deberán desarrollar servicios y equipos de intervención en crisis libres de coerción y con perspectiva comunitaria”.

36 SSTC 13/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 13), 34/2016, de 29 de febrero (RTC 2016, 34) y 132/2016 de 8 de junio (RTC 2016, 132). Para un análisis más detallado de las mismas *vid.* ELIZARI URTASUN, L., “Ingresos de personas mayores en centros residenciales”, *InDret*, 2018, n.º 1, pp. 1-47 y NAVARRO-MICHEL, M.: “El ingreso involuntario”, *cit.*, pp. 231-251.

37 De acuerdo con el art. 763 LEC: “1. *El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida.* En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento”. Los incisos destacados en cursiva fueron declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 132/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010, 132), en cuanto establece uno de los supuestos (privar de libertad a una persona) que debería ser regulado por ley orgánica y lo fue por ley ordinaria. Sin embargo, la misma sentencia precisa que: “A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material” (FJ 3.º). Por lo que han sido declarados dichos párrafos inconstitucionales, pero no

De acuerdo con el art. 763 LEC, la autorización es previa a dicho internamiento, salvo que, por “razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida”. En este caso es el responsable del centro el que debe dar cuenta al tribunal competente del ingreso de esa persona lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, para que el juez ratifique la medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (art. 763.I II LEC). En este breve espacio de tiempo, el juez debe incoar un proceso con las garantías previstas en el art. 763.3 LEC. Por lo que, antes de conceder la autorización o ratificar el internamiento, tiene que oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que estime conveniente, además de examinar personalmente al ingresado. Debe también oír el dictamen de un facultativo por él designado, que generalmente es el médico forense, aunque puede no serlo. El dictamen versará sobre las causas que justifiquen la necesidad del ingreso (art. 763.3. LEC). Estas actuaciones se deben realizar tanto en el caso de la autorización previa a dicho internamiento, como de su aprobación posterior en los internamientos de urgencia.

Una parte importante de la doctrina patria ha señalado que el art. 763.I II LEC está concebido para internamientos involuntarios de personas que padecen una enfermedad mental y necesitan con urgencia un tratamiento médico, por lo que tiene un marcado carácter temporal y una finalidad terapéutica, pero no asistencial<sup>38</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional incide en las sentencias arriba referenciadas, por un lado, en la idea de que la ausencia de autorización judicial en el procedimiento de urgencia para los internamientos no voluntarios no es una irregularidad administrativa que pueda ser objeto de “regularización” con posterioridad, sino que implica la vulneración del derecho a la libertad personal recogido en el artículo 17.I CE; y que la autorización judicial de internamiento no urgente, como suelen ser los casos más habituales de las enfermedades degenerativas de las personas mayores, solo puede adoptarse desde una situación de libertad [a través de la adopción medidas cautelares (art. 762 LEC), en un procedimiento de modificación

---

nulos, inconstitucionalidad que solo el legislador puede remediar cuando proceda a regular la materia por ley orgánica, lo que todavía no lo ha hecho.

38 Así, NAVARRO-MICHEL, M.: “El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial”. *Revista de Bioética y Derecho*, 2019, n.º 45, p. 237, quien afirma, además, que el consentimiento de una persona mayor para ingresar en una residencia geriátrica solo se puede hacer con su consentimiento expreso y que la autorización judicial, en su caso, debería ser previa al ingreso a través de un procedimiento de modificación de la capacidad; y SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. y DE BORJA LANGELAAN OSSET, F.: “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, 15/2, p. 940.

de la capacidad de obrar (ya derogado) o bien como medida ejecutiva en una sentencia (art. 760 LEC)]<sup>39</sup>.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), y que incorpora al ordenamiento español las directrices de la CDPD, no ha modificado el art. 763 LEC. Por lo que hay que entender que los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional no han perdido actualidad, cuando exigen autorización judicial para los ingresos no consentidos en centros residenciales de personas mayores, en tanto esta constituye una garantía al principio de autonomía de la persona y puede corregir los abusos que en ocasiones se producen<sup>40</sup>. De tal manera que cuando exista un internamiento donde la persona mayor no sea capaz de expresar su voluntad, será necesaria la autorización judicial.

Pese a lo señalado por el Tribunal Constitucional y la opinión doctrinal reseñada, que se postula sobre el carácter excepcional del procedimiento de urgencia, el modo habitual de proceder es tozudo en la práctica. Y es que la decisión del ingreso cuando la persona no tiene capacidad cognitiva para decidir la toman generalmente los familiares; y es el responsable del centro quien da cuenta al juzgado, dentro del plazo de 24 horas, a los efectos de que se proceda a la ratificación judicial de la medida, siguiendo el procedimiento de urgencia establecido en el art. 763 LEC.

Para los casos en los que no se siga este procedimiento, el nuevo sistema de medidas de apoyo instaurado por la Ley 8/2021 abre las puertas a que sea el guardador de hecho o el curador quienes recaben la autorización judicial pertinente, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria [art. 42 bis a) y ss. LJV]. Y, de otro, que el juez pueda de oficio o a petición del Ministerio Fiscal acordar el ingreso cuando lo estime procedente, en un procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo (arts. 756 y ss. LEC).

De otra parte, hay que tener en cuenta que en los casos de personas que hubieran ingresado de forma voluntaria en el centro residencial, pero con el tiempo pierden su capacidad para consentir por la situación que padecen, la STC 132/2016

39 La aplicación del art. 763 LEC se ha puesto en cuestión por parte de un importante sector de la doctrina, por cuanto puede vulnerar la CDPD basada en un modelo social de discapacidad y no médico. En este sentido, PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Dykinson, 2023, pp. 192 y ss. Debate sobre el que ahora no vamos a entrar en este trabajo.

40 En este sentido también ÁLVAREZ GARCÍA, H.: "La tutela de la libertad personal en los internamientos no voluntarios en centros geriátricos", *Revista de Derecho Político*, 2023, n.º 117, p. 307, quien afirma que: "El fenómeno social de la *longevidad pluripatológica* y la necesidad imperiosa de cuidados y asistencia de las personas mayores en situación de dependencia no puede, en ningún caso... justificar en modo alguno internamientos forzosos al margen del control judicial".

de 8 de junio determina que también se debe solicitar al juez competente la autorización para el mantenimiento del ingreso ya realizado, cuando el cuidado de la persona así lo requiere.

#### **IV. CRITERIOS PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE CONTENCIÓNES.**

Entrando de lleno ya en el tema que nos ocupa, hay que señalar que el Informe del Comité de Bioética de España cuestiona el uso de contenciones mecánicas en residencias geriátricas por la especial vulnerabilidad y fragilidad de las personas mayores, al ser empleadas por aquellos en quienes se confían sus cuidados y ser susceptibles de cronificarse, con consecuencias devastadoras en los últimos años de vida de estas personas. De ahí que entre las recomendaciones finales que hace el Comité en su Informe se encuentre la búsqueda de alternativas a las contenciones; el establecimiento de un protocolo para su instauración; su aplicación solo el tiempo estrictamente necesario, de forma proporcional, garantizando el bienestar de la persona contenida y con las precauciones necesarias para causarle el mínimo daño; precisando el consentimiento previo del paciente (excepto si no está en condiciones de tomar esa decisión y hay riesgo para la salud pública o una urgencia vital) y que las contenciones sean siempre empleadas como último recurso<sup>41</sup>.

La Instrucción I/2022 de la FGE, de aplicación a todo el territorio español por cuanto guía los criterios de actuación del Ministerio Fiscal, recoge en esencia los presupuestos marcados por el Comité de Bioética para orientar la utilización de restricciones mecánicas y farmacológicas. Son precisamente estos presupuestos los que vamos a utilizar como hilo conductor de nuestra exposición, siendo completados con los criterios que aparecen en los textos internacionales referenciados, en la legislación nacional aplicable en la materia y en distintos protocolos. Entre ellos están: i) el respeto a la dignidad, la libertad y la promoción de la autonomía de la persona; ii) la obligatoriedad de la prescripción médica previa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física del usuario o de terceros; iii) la concurrencia del consentimiento informado; iv) atender a los principios de cuidado, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso; y v) emplearlas solo cuando no haya funcionado otro método de prevención o en supuestos de riesgo inminente y grave para la persona o terceros.

##### **I. El respeto a la dignidad, libertad y autonomía de la persona.**

La dignidad humana es un derecho fundamental sobre el que encuentran su base los demás derechos. Por lo que cabe entender que el art. 10 CE, donde se consagra este derecho, es una "auténtica norma jurídica vinculante tanto para los

---

41 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA "Consideraciones éticas", cit., pp. 43-45.



poderes públicos como para los ciudadanos<sup>42</sup>. Las sujeciones físicas y químicas, cuando no están justificadas, se pueden considerar como una forma de vulnerar los derechos de las personas mayores, al restringir su libertad y autonomía personal, y afectar también a su dignidad. El Comité de Bioética de España afirma con buen criterio que hay que ser exigentes en la humanización de la atención de las personas, “de forma que cuidar no sea sólo aplicar unos protocolos y mantener unos registros”<sup>43</sup>.

La dignidad y la autonomía de la persona deben convertirse así en el eje vertebrador del uso de las medidas de contención y buscar como objetivo último un sistema libre de sujeciones. De hecho, el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (ACTSS-SAAD), establece la obligación de los centros de atención residencial y centros de día de tener un plan de atención libre de sujeciones, aprobado por la Inspección e implantado de forma completa y efectiva antes del 30 de junio de 2025. Para que esto sea posible, se deberá proporcionar formación al personal de atención directa, incidiendo en los modelos de intervención de enfoque preventivo y positivo.

## 2. Prescripción médica previa.

Antes de aplicar cualquier medio de contención, se debe realizar una evaluación exhaustiva del residente para determinar la necesidad y la idoneidad de la contención. Además, es importante documentar de manera adecuada el proceso de toma de decisiones, la aplicación de la contención y cualquier observación relevante sobre su efectividad y efectos secundarios.

La decisión sobre su adopción es competencia exclusiva del facultativo, a quien le corresponde tanto la autorización de la medida de contención como su retirada, atendiendo a las evaluaciones frecuentes que debe realizar la persona que atiende al paciente<sup>44</sup>. Se trata, por tanto, de un acto médico sobre un paciente/residente, salvo si se presenta una situación de urgencia vital y el personal que lo atiende no puede contactar con aquel. En este caso, el personal de enfermería podría iniciar el procedimiento, comunicándolo al médico con la menor demora posible, quien deberá ratificar la medida con la mayor premura<sup>45</sup>. En la orden médica se deberán de establecer las pautas de vigilancia permanente de esa medida y el establecimiento de controles periódicos a fin de determinar su continuidad.

42 GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 80.

43 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Consideraciones”, cit., p. 32 y 44.

44 MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: “El uso de las contenciones en personas mayores en los centros residenciales y/o sociosanitarios. A propósito de la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado”, *La Ley* 8268/2023, p. 6.

45 Así, lo prevé la recomendación tercera del COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Consideraciones”, cit., pp. 42 y 44, y la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado [punto 5.2 y apdo.7.3º, ii)].

Este acto médico en la mayoría de las ocasiones será colegiado, en el sentido de que el médico adoptará la decisión atendiendo a lo que le digan el personal de enfermería, el fisioterapeuta, el terapeuta ocupacional y el psicólogo, entre otros<sup>46</sup>. En situaciones de discrepancia, corresponderá al profesional facultativo la decisión última, una vez tomadas en consideración las alternativas propuestas por el equipo del centro. Todo ello deberá reflejarse por escrito y de una forma razonada en la historia clínica del paciente<sup>47</sup>.

Cuando se trata de contenciones mecánicas, deberán descartarse las órdenes facultativas genéricas de tratamiento, tales como "contención mecánica si precisa", pues toda contención debe valorarse de forma individualizada, siguiendo los principios que desarrollaremos en las siguientes líneas. En el caso de prescripción de fármacos, es imprescindible una prescripción adecuada a las características individuales de cada persona para conocer su tolerancia al mismo y que se valore bien el coste-beneficio, además de realizar una revisión periódica<sup>48</sup>.

Las prescripciones facultativas deberán estar perfectamente reflejadas en la historia clínica y ser conocidas por los distintos profesionales que atienden al paciente o residente, obedeciendo a un plan terapéutico. La mayoría de las normas autonómicas consideran infracción muy grave someter a las personas usuarias de los servicios residenciales a cualquier tipo de inmovilización o restricción física o tratamiento farmacológico sin prescripción médica y supervisión, salvo que haya un peligro inminente de seguridad física para la persona o terceros<sup>49</sup>.

### 3. El consentimiento informado.

Una de las consecuencias de que el uso de contenciones físicas o farmacológicas deba ser prescrito por un médico es la aplicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y

46 En este sentido, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, "apuesta por una atención sanitaria integral, lo que supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre los procesos asistenciales atendidos por los distintos titulados o especialistas: médicos, graduados universitarios en enfermería, fisioterapia y terapia ocupacional". Y en la misma dirección va el Documento de Consenso sobre sujeciones mecánicas y farmacológicas de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología, donde se recoge que "más allá del propio acto de la prescripción, es conveniente que esta situación excepcional no sea decidida por un solo profesional de forma unilateral; sino que en su indicación participe el resto de los miembros del equipo interdisciplinar (médico, enfermero, psicólogo, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, trabajador social, etc.)" (p. 28).

47 SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento*, cit., p. 29.

48 PINAZO-HERNANDIS, S., "Capítulo VIII", cit., p. 188.

49 Así, la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears [art. 129.1.s)]; Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía [art. 126.1.c)]; Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña [art. 12.1.p)]; la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura [art. 67.2 b)]; la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia [art. 82.a)]; la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (art. 52 8); Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco [art. 91.1)]; y Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja [art. 85.b)].

obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP). La misma cuenta entre sus principios básicos que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento libre y voluntario del afectado, que tiene derecho a decidir libremente, después de recibir información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles (art. 8). En concreto, el art. 3 de la Ley 41/2002 define al consentimiento informado como: "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud".

El consentimiento informado en el ámbito de la salud y la necesaria información que le debe preceder para su emisión, han sido calificados por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional españoles como un derecho fundamental integrado en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)<sup>50</sup>. Y puede también afectar al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) en los casos de internamiento forzoso<sup>51</sup>. Además, tiene su antecedente más remoto, como todos los derechos fundamentales, en los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)<sup>52</sup>.

A) *El consentimiento prestado por el propio paciente como criterio general.*

El consentimiento informado en el ámbito de la salud no se ha visto modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 287 1.º CC)<sup>53</sup>. Sin embargo, resulta necesario interpretar la LAP siguiendo las directrices y principios que marca la Convención de Nueva York y la Ley 8/2021, en tanto se produce la esperada reforma legal<sup>54</sup>.

De esta forma, como criterio general, atendiendo a que debe darse la mayor autonomía y autodeterminación a toda persona, con o sin discapacidad, según la CDPD, será esta la que deba prestar el consentimiento informado a lo largo de

50 Véase en particular STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37) y STC 11/2023, de 23 de febrero (RTC 2023, 11).

51 Para mayor profundidad sobre el tema de los derechos fundamentales implicados en el consentimiento informado vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 72-95.

52 Como puntualiza BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "El consentimiento informado de las personas vulnerables", en AA.VV.: *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (dir. por M.V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, 2024 (en prensa).

53 Este artículo, donde se concretan los actos para los que el curador que ejerza funciones de representación de la persona con discapacidad necesita autorización judicial, remite en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud a lo dispuesto en la legislación especial, esto es, la LAP y la normativa autonómica que resulte de aplicación.

54 Como mantiene la doctrina que ha tratado el tema, entre otros, ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La aplicación de medidas de contención a personas con discapacidad en la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado", en AA.VV.: *Mujer, Discapacidad y Derecho* (dir. por B. VERDEIRA IZQUIERDO y coord. por J.A. FERRER GUARDIOLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp.60-66.

su proceso asistencial, a través de medios comprensibles y adecuados para ello, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos (art. 4.2 LAP), ayudándola en su comprensión y razonamiento la persona que ejerza en cada caso el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así, el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/72/55)<sup>55</sup>, afirma que los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de aplicarles cualquier tratamiento. En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de estas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad y garantizar, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni ejerzan una influencia indebida sobre ellas.

Otro texto que puede servir de referente en materia de consentimiento informado de las personas mayores, aunque no sea aplicable en España, es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores<sup>56</sup>. En su art. 11 se ocupa del “derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud”, estableciendo la irrenunciabilidad de este derecho a favor de la persona mayor. La negación de este derecho, sigue diciendo la norma, “constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor” (pf. 1.º). Con el fin de garantizar este derecho “los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios” (art. 11 pf. 2.º). “Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor” (art. 11 pf. 3.º)<sup>57</sup>.

55 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Informe*, cit., p. 19.

56 Disponible en [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp).

57 Respecto a los aspectos novedosos de esta Convención *vid.* en particular CALAHORRANO LATORRE, E.: “El derecho al consentimiento informado de las personas mayores en el ámbito de la salud. Estándares desde el derecho internacional de los derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno”, *Estudios Constitucionales*, 2021, vol. 19, n.º 1, pp. 4-34.

A la vista de todo lo expuesto, cabe concluir que será la propia persona mayor la que deba en primer término recibir la información asistencial necesaria para posteriormente prestar su consentimiento, adaptando la información a sus capacidades y necesidades de comprensión (art. 5.2. LAP)<sup>58</sup>. Esto implica que el médico deberá de utilizar un lenguaje claro y el documento que debe firmar emplear un tipo de letra lo suficientemente grande para que pueda ser leída con facilidad. El residente/paciente se podrá ayudar para ello de los sistemas de apoyo establecidos de forma voluntaria, legal o judicial, que cumplen una función de asistencia y no de representación con carácter general.

Cabe señalar aquí que la principal medida de apoyo de la Ley 8/2021, que recordemos incorpora al ordenamiento español la CDPD, es la guarda de hecho, que se configura como “una medida informal de apoyo” (art. 250 IV CC). Con ello, la Ley consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, como algún familiar (hijo, hermano, cónyuge, etc.) o persona vinculada por razones de hecho (pareja, etc.), que de manera desinteresada le presta asistencia cotidiana. Habrá que tener en cuenta también que no pueden considerarse guardadores de hecho, ni ejercer ninguna de las medidas de apoyo, “quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo” (art. 250 *in fine* CC). No obstante, pueden tener la condición de guardador de hecho, cuando la persona con discapacidad se encuentre en una situación que exija apoyo de modo urgente y carezca de guardador de hecho, una persona jurídica (por ejemplo, una institución o fundación pública de carácter autonómico), que proporcione servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa apoyo (art. 253 CC), siempre que no lo haga “en virtud de una relación contractual”<sup>59</sup>.

La reforma legal operada por la Ley 8/2021 da también prioridad a la figura del apoyo voluntario establecido en escritura pública por parte de la persona con discapacidad que tenga capacidad para ello. Puede que en el documento notarial de medidas de apoyo esta haya designado a alguien que le ayude en la toma de estas decisiones (arts. 255 II y 261 CC). En su defecto, el curador (representativo asistencial) designado judicialmente<sup>60</sup>, también podrán ayudar a la

58 Como afirma BARCELÓ DOMÉNECH, J: “El consentimiento”, cit.: “Una buena práctica del consentimiento informado requiere dar información adecuada y prestar una atención «extra» a las capacidades de la persona mayor para comprender y a su necesidad de disponer de más tiempo para tomar decisiones. Hay que desterrar la presión del tiempo y no olvidar que el consentimiento informado es un proceso continuado, que no se agota en la información previa y en la prestación del consentimiento por el paciente”.

59 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *El nuevo sistema general de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 97.

60 Sobre la aplicación por parte de los tribunales de primera y segunda instancia de la Ley 8/2021 *vid.* en particular DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y*

persona con discapacidad a la hora de prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario, previa comprensión del acto médico y sus consecuencias. Esto implica por parte del facultativo proporcionar información detallada tanto a la persona con discapacidad, como a quien deba prestarle apoyo en la toma de su consentimiento informado, sobre los riesgos, beneficios y alternativas posibles<sup>61</sup>.

De acuerdo con el art. 249 II CC, las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, procurando que esta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Solo en los casos excepcionales en los que no es posible que el paciente pueda tomar una decisión, a criterio del responsable médico, será la medida de apoyo con funciones representativas o asistenciales, o en su defecto, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, quienes deberán prestar el consentimiento informado para un concreto acto médico (de acuerdo con una interpretación acorde a la CDPD del art. 9.3 LAP, según veremos en las siguientes líneas).

Cuando existe riesgo para la salud pública (enfermedades transmisibles, pandemias...) o riesgo grave para la salud del enfermo (esto es, riesgo para la integridad física o psíquica del paciente), y no es posible conseguir su consentimiento informado o el de sus representantes o familiares para la aplicación de la contención (situaciones por otro lado bastante habituales en el ámbito que nos ocupa), podrá aplicarla el facultativo o el personal de enfermería sin contar con el consentimiento informado [art. 9.1.b) LAP]. No obstante, llegado el caso, el médico deberá dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho (como concreta el art. 5.4 LAP).

Por último, surge la duda sobre si el personal sanitario puede ayudar a la persona mayor con discapacidad como apoyo institucional en la toma de decisiones sobre su consentimiento informado. Para un sector de la doctrina, el profesional sanitario tiene un papel importante en su labor de información y asesoramiento, acompañando al paciente en la toma de decisiones, por lo que podría ser considerado un apoyo institucional a la hora de prestar el consentimiento

---

*práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT, dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 56-106.

61 La mayor parte de la doctrina coincide a la hora de afirmar que, aunque la información corresponde al paciente, en el caso de que el paciente con discapacidad requiera apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, el profesional debe informarle a este de acuerdo con sus posibilidades de comprensión y a la persona que en cada caso ejerza el apoyo, para que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. En este sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, n.º 39, pp. 229-231.

informado<sup>62</sup>. Y así lo entiende también la Proposición de Ley General de Salud Mental, de enero de 2024, que tras definir el consentimiento informado como “conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” [art. 4 f)]; se refiere a la “decisión compartida” como el “proceso orientado a conocer las preferencias y necesidades del paciente y capacitado para que tome un papel activo en el cuidado de su salud en consonancia con sus deseos. Requiere un intercambio de información entre el paciente y el profesional sanitario, deliberación entre las distintas opciones y adopción de una decisión consensuada” [art. 4 g)].

### B) ¿En qué casos se otorgará el consentimiento por representación?

Para los actos relativos a la salud, sigue vigente la regulación del art. 9 de la LAP, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio<sup>63</sup> y que no se ha visto reformada por la Ley 8/2021. Este precepto dedica gran parte de su contenido al consentimiento informado “por representación”<sup>64</sup>. De acuerdo con el art. 9.3. LAP, este se otorgará: “a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”<sup>65</sup>.

Cabe observar aquí que mientras que el apartado a) del art. 9.3 LAP está previendo los casos de las personas que con anterioridad a la Ley 8/2021 se consideraba que no tenían capacidad natural para prestar el consentimiento como consecuencia de una enfermedad mental, neurodegenerativa o de otro tipo, pero que no habían sido incapacitadas judicialmente o bien personas que se encontraban en una situación de imposibilidad de hecho para prestar el consentimiento; el

62 En este sentido, ELIZARI URTASUN, L.: “Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2016, n.º 30, p. 353 y ANDREU MARTÍNEZ, B.: “Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: el dilema que plantea la Ley de Autonomía del Paciente y su reflejo en la doctrina del TC”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, n.º 20, p. 138.

63 Como así ha declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias n. 66/2023, de 23 de enero (RJ 2023, 2350) y n.º 1444/2023 de 20 de octubre (RJ 2023, 5967).

64 Como expresa GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C.: “La prestación del consentimiento”, cit., p. 227-228: “El consentimiento para un acto médico no puede ser un acto de representación en sentido estricto. Si el titular de la decisión a adoptar no puede adoptarla, la adoptan sus representantes legales, pero, en este caso, lo hacen como ejercicio de un deber de velar por la persona necesitada de dicha modalidad de apoyo”. De ahí a esta autora hable de consentimiento “por representación” y a la que seguimos en este punto.

65 Nótese aquí que, en Cataluña, el art. 7.2 c) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente, y la documentación clínica añade a las circunstancias señaladas en la LAP para las situaciones de otorgamiento del consentimiento por representación, los casos de personas internadas por trastornos psíquicos.

apartado b) se refiere a las personas con capacidad modificada judicialmente. En la medida en que el procedimiento de incapacitación ha desaparecido con la reforma operada por la Ley 8/2021, este apartado b) ha quedado vacío de contenido<sup>66</sup> y solo sería aplicable en aquellos casos que no se haya producido a una revisión de la sentencia de incapacitación correspondiente (conforme a la DT 5.ª de la Ley 8/2021), debiéndose equiparar entonces al tutor con el curador con facultades representativas. En cuanto al primero de los apartados [art. 9.3.a) LAP], habrá que interpretarlo atendiendo a los cambios legales producidos como consecuencia de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, que es lo que pretendemos desarrollar en las siguientes líneas.

Debemos tener presente, en primer lugar, que la propia persona con discapacidad ha podido disponer de figuras de apoyo con carácter representativo para las decisiones que afecten a su salud (art. 271 CC), quienes podrán prestar en primer término el consentimiento informado por representación del paciente, porque aquel así lo previó<sup>67</sup>. En efecto o insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, pueden actuar las medidas de apoyo judiciales, que deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

La curatela asistencial es la “principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad” (como afirma el propio Preámbulo de la Ley 8/2021). El curador asistencial tendrá en este caso las facultades que el juez determine, entre ellas, decidir sobre el lugar de residencia de la persona mayor con discapacidad y prestar el consentimiento para tratamientos médicos, cuando así se requiera.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a que la Ley contempla como “excepcional” la curatela representativa, se ha decantado hasta ahora por esta medida de apoyo en los casos en los que la persona padece algún tipo de enfermedad que afecta a su autonomía o capacidad en la toma de decisiones

66 Siguiendo en este punto a TORRELLES TOREA, E.: “La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario”, *InDret*, 2022, n.º 3, p. 91.

67 Dentro de las figuras de apoyo con funciones representativas que pueden otorgar el consentimiento en lugar del paciente con discapacidad, ANDREU MARTÍNEZ, M.ª B.: “Autonomía”, cit., pp. 148-151 y 162, incluye con buen criterio al representante sanitario nombrado por el paciente en su documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas.

Cabe observar aquí que Cataluña ha reformado recientemente la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, que reguló por primera vez en España la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas, con la Ley 2/2024, de 6 de febrero. La reforma ha ido en el sentido de incluir la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios del ámbito de la atención primaria, lo cual desde luego facilita tremendamente su otorgamiento.



en los ámbitos personal o sanitario, lo que pone de manifiesto en ocasiones la conveniencia de una constitución formal de apoyo<sup>68</sup>.

Entre estas sentencias se encuentra la STS (Pleno) n.º 1444/2023 de 20 de octubre. En ella, el TS interpreta que el consentimiento por representación previsto en el art. 9.3.a) de la LAP: “está en función de que en cada caso el médico valore que el paciente no puede tomar decisiones... Legalmente, el titular del derecho a la información es el paciente, por mucho que la ley permita que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se ponga en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como que sean informadas las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita (art. 5 de la Ley 41/2002)” (FJ 2, apdo. 4.º). De ello infiere la Sala del Pleno que, cuando las circunstancias concretas del caso acreditan la falta de habilidades o capacidad cognitiva en el ámbito sanitario y de la salud de la persona, y su incapacidad para interpretar la información o tomar decisiones en su esfera personal y sanitaria, la persona con discapacidad precisa contar con una medida de apoyo representativa, para que quien hasta ahora ha sido su guardador de hecho pueda prestar mejor ese apoyo que precisa.

Un aspecto importante de la nueva regulación a tener en cuenta es que el art. 287.1.º CC excluye al consentimiento informado en el ámbito sanitario de los actos para los que el curador representativo debe solicitar autorización judicial, salvo que puedan ser decisiones contrarias a la vida o salud de la persona sometida a curatela<sup>69</sup>. La doctrina entiende aplicable este artículo también a los guardadores de hecho, atendiendo a lo dispuesto en el art. 264.2 CC (que a su vez remite al art. 287 CC para los actos en los que el guardador de hecho necesita autorización judicial)<sup>70</sup>.

68 SSTS núm. 1443/2023 y 1444/2023 de 20 de octubre (RJ 2023, 5929 y 5967, respectivamente). Ambos casos tienen en común que es el guardador de hecho quien solicita la conveniencia de una constitución formal de apoyo que facilite en sus específicas circunstancias su función de asistencia y representación del mejor modo. En el primer caso se trataba de una persona de 95 años que convivía con su único hijo soltero y sufría un deterioro cognitivo (esta persona escapaba de casa sin avisar, aprovechando que su hijo, guardador de hecho, estaba trabajando, y sacaba dinero del banco y abría nuevas cuentas sin saber por qué o para qué). En el segundo caso es la esposa quien solicita la curatela representativa para su esposo de 60 años de edad, que había sufrido un ictus que le dejó un grado de incapacidad importante, presentando limitaciones para expresar su voluntad, deseos y preferencias y a la hora de tomar decisiones de manera autónoma. De manera que la demanda fue estimada por la Audiencia Provincial de Álava y ratificada por el Supremo, otorgando una curatela representativa muy amplia a favor de la esposa, que incluía también “tomar decisiones sobre su salud, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, pautas alimenticias y medicación pautada”.

69 Siguiendo en este punto a GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Artículos 287 a 290 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 802.

70 Entre ellos, DÍAZ PARDO, G.: “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 320-321; ANDREU MARTÍNEZ, B.: “Autonomía”, cit., pp.

No obstante, hay que subrayar de nuevo que el consentimiento por representación solo actuará con carácter subsidiario cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Debiendo prestarlo entonces la figura de apoyo con funciones representativas designadas para ello por la propia persona con discapacidad, el curador representativo o asistencial designado judicialmente (si tiene facultades representativas en el ámbito sanitario, que será lo usual), y, en defecto de los anteriores, las personas vinculadas a la persona con discapacidad por razones familiares o de hecho (que actuarán generalmente en su condición de guardadores de hecho).

Creo que es necesario introducir este matiz, en tanto no se haya modificado el art. 9.3 LAP. En primer lugar, porque el propio Tribunal Supremo, vigente la Ley 8/2021, ha interpretado que “el art. 9.3. de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho”<sup>71</sup>. Es la propia norma quien excepcionalmente legitima a estas personas a prestar el consentimiento por representación, en razón de las relaciones familiares o afectivas que le unen a la persona con discapacidad, cuando esta no pueda prestarlo. Debiendo tener prioridad frente a quienes no tengan atribuidas funciones representativas en el ámbito médico<sup>72</sup>. Y en la misma dirección va el Acuerdo del CTSS-SAAD de 2022 cuando afirma que: “En el caso de que la persona no pueda comprender, ni dar el consentimiento, éste se prestará por parte de personas de referencia de la familia o quien ostente su representación legal, teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la propia persona” (apdo. 15.º).

Interesa destacar, por último, que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, no pueda entender la información a causa de su estado físico o psíquico, está se deberá de poner en conocimiento de las personas que deben prestar el consentimiento por representación (en una interpretación adaptativa del art. 5.3 LAP).

---

147-148 extiende también este mismo artículo (287.I.º CC) al curador asistencial que no tenga facultades representativas en el ámbito médico; y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C.: “La prestación”, cit., p. 228.

71 STS n. 66/2023 de 23 de enero de 2023 (RJ 2023, 2350).

72 En este sentido va también la modificación producida por la DF 2.ª de la Ley Foral 31/2022 en la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de los pacientes en materia de salud. Así en su art. 51 se señala que: “a) Cuando el o la paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho o las previstas en las medidas de provisión de apoyos establecidas. Si el paciente hubiera designado previamente a una persona, a efectos de la emisión en su nombre del consentimiento informado, corresponderá a ella la decisión. b) Cuando el o la paciente precise de apoyos para adoptar la decisión. En este caso, el consentimiento deberá otorgarse conforme a las medidas de apoyo establecidas”.

C) *¿Qué criterios debería seguir el representante en el ámbito sanitario?*

Cuando la persona con discapacidad ha podido prever de forma anticipada su voluntad en el propio acuerdo de apoyos o en un documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas, su representante deberá atenerse a ella. Cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, quienes deben de prestar el consentimiento por representación deberán de tener en cuenta la trayectoria vital de esta, sus creencias y valores, con el fin de adoptar la decisión que habría tomado esa persona en el caso de no precisar representación (art. 249 III CC). Pero ¿qué ocurre cuando la voluntad o la trayectoria vital de la persona, interpretada por su representante, sea contraria al uso de contenciones, pero las mismas sean necesarias para la vida o salud del paciente?

De acuerdo con la STS n. 66/2023 de 23 de enero de 2023: “Aunque el art. 9.3. de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, y el apartado 6 del mismo art. 9 exige que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, debe tenerse en cuenta el esencial apartado 7 del mismo art. 9, conforme al cual: “[...]a prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal” (FJ 4.º apdo.I). Por lo que, si bien el apartado 6 del art. 9 LAP debe seguir formando parte de la regulación legal del consentimiento informado, “a pesar del giro autonomista del nuevo paradigma en materia de discapacidad”<sup>73</sup>, debe actuar como criterio de moderación lo dispuesto en el art. 9.7 LAP, esto es, la medida deberá ser adecuada y proporcionada a las necesidades que haya que atender y “siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”.

El art. 9.6 LAP añade que cuando las decisiones que deba adoptar el representante legal o las personas vinculadas por lazos familiares o de hecho “sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”. Una de las finalidades de este artículo es evitar el rechazo a un tratamiento por parte de los representantes del paciente cuando ello pueda poner en peligro

---

73 Como afirma GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., “La prestación”, cit., p. 234.

su vida<sup>74</sup>. Sin que quede sometida a control judicial la decisión que adopte el representante cuando sea acorde a la salud del paciente.

De acuerdo con la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología, la utilización de una medida de contención mecánica en personas que no tienen capacidad de consentir, cuando es usada puntualmente y de forma urgente ante un cuadro agudo, tras el cual dicha medida no tendrá continuidad, no parece exigir consentimiento informado del paciente o su representante, ni comunicación al juez. Otra cosa es que la medida se prolongue en el tiempo, en cuyo caso sí precisaría consentimiento de la persona afectada o su representante legal, guardador de hecho o familiar, y en su defecto autorización judicial, cuando no ha consentimiento informado, ni de la persona afectada ni por quienes lo prestan por representación<sup>75</sup>.

Por lo que, a mi parecer, en caso de discrepancia con el equipo médico sobre la adopción de las medidas de contención con negativa al consentimiento por parte de quien deba prestar el consentimiento por representación, el médico deberá acudir a la autoridad judicial para que las autorice (vía que abre el propio art. 9.6 LAP), optando mientras tanto por la opción clínica más prudente. En el caso de que no fuera posible recabar la autorización judicial y exista una situación de urgencia vital, los profesionales sanitarios pueden adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente, debiendo dejar constancia escrita en su historia clínica<sup>76</sup>. Tanto en la decisión del representante de la persona con discapacidad como en la autorización judicial, se deberá tener presente el respeto a la dignidad personal del paciente.

#### D) *¿Cómo y cuándo se debe prestar el consentimiento?*

Si bien la regla general para el consentimiento informado es su carácter verbal (art. 8.2 LAP), el consentimiento informado de una contención deberá ser en todo caso por escrito, cuando vaya a utilizarse más allá de un episodio agudo motivado por un riesgo vital urgente. Y ello por cuanto afecta a derechos fundamentales de esa persona como su libertad, dignidad y puede implicar riesgos físicos y psíquicos en la salud del paciente (art. 8.3 LAP)<sup>77</sup>. Resulta en este sentido conveniente que su lenguaje sea comprensible y adaptado, para que pueda ser entendido por la persona que deba prestar el consentimiento informado, como indicábamos en líneas anteriores.

Además, el consentimiento informado tendrá que ser explícito para cada persona y la medida de contención que se decida adoptar respecto de la misma, no

74 ANDREU MARTÍNEZ, B.: "La aplicación de medidas", cit., p. 64.

75 SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento*, cit., p. 33.

76 Siguiendo en este punto al COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: "Consideraciones", cit., pp. 41-42.

77 Así también, SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento*, cit., p. 31.

debiendo considerarse válidos los consentimientos genéricos (como, por ejemplo, cuando lo prevean “llegado el caso”), ni los diferidos en el tiempo<sup>78</sup>. Asimismo, se debe incluir la determinación específica de la temporalidad y formato de la sujeción, como también un análisis de prevención de riesgos y consecuencias en el uso de las sujeciones definidas, y las causas de su utilización. La aplicación de sujeciones deberá de quedar registrada en el historial del usuario (Acuerdo del CTSS-SAAD, apdo. decimoquinto y art. 15 LAP)<sup>79</sup>.

La falta de firma del consentimiento informado por el interesado o su representante legal implicará el rechazo a la medida de contención y supone la asunción de los riesgos derivados de su no aplicación, aunque esto no eximirá al centro de llevar la diligencia necesaria en el cuidado de la persona atendida.

En suma, con carácter general, antes de aplicar cualquier tipo de contención mecánica o farmacológica resulta fundamental asegurar que se obtenga el consentimiento informado de la persona afectada, ya que los riesgos y complicaciones, así como los posibles beneficios que persiguen, son diferentes dependiendo del dispositivo que se utilice y de la persona en la que se aplique. Cuando aquella no esté en condiciones de poder tomar decisiones, actuará el consentimiento por representación.

Atendiendo a que en buena parte de los casos la contención física es un procedimiento de urgencia, utilizado en situaciones de agitación psicomotriz que no resulta controlable por otros medios, la solicitud del consentimiento informado previo muchas veces no será posible<sup>80</sup>. Podrá hacerse de forma coetánea o a posteriori, cuando se prevea que se vaya a tener que utilizar en más de un episodio puntual. Su utilización, además, debe estar limitada en el tiempo y ser un recurso excepcional, al que solo se puede recurrir en el caso de que se hayan agotado todas las medidas alternativas, como se desarrollará en el siguiente apartado.

#### 4. Principios rectores en el uso de contenciones.

La Instrucción 1/2022 de la FGE considera que los principios básicos que han de orientar la utilización de contenciones en unidades psiquiátricas o de salud mental y en centros residenciales y/o sociosanitarios serán los de: i) cuidado; ii) excepcionalidad; iii) necesidad; iv) proporcionalidad; v) provisionalidad; vi)

78 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Consideraciones”, cit., p. 45, Instrucción 1/2022 [apdos. 5.2.4.) y 7, 3.ª, ii)]; y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento*, cit., p.32.

79 De acuerdo con el cual: “Cualquier sujeción estará sometida a un procedimiento documentado que cuente con prescripción médica, supervisión técnica y con el consentimiento informado. Este consentimiento debe ser explícito para cada situación y para cada persona, y referido al momento en que se va a tomar la decisión, no siendo válidos los consentimientos genéricos ni los diferidos en el tiempo. En este procedimiento se debe incluir la determinación específica de temporalidad y formato de la sujeción, así como un análisis de prevención de riesgos y consecuencias en el uso de las sujeciones definidas”.

80 Como señala PINAZO-HERNANDIS, S., “Capítulo VIII”, cit. p. 183-184.

prohibición de exceso y transparencia, “constituyendo el reconocimiento de la dignidad y la promoción de la autonomía de la persona el eje vertebrador en la interpretación de toda esta materia”<sup>81</sup>. El objetivo de estos principios no es otro que sistematizar el conjunto de reglas y recomendaciones contenidas en los distintos instrumentos internacionales anteriormente señalados, así como en otras normas nacionales<sup>82</sup>.

#### A) Cuidado.

Entre las justificaciones al uso de contenciones mecánicas o farmacológicas están, por un lado, el beneficio del propio paciente/residente para protegerle de daños causados por conductas involuntarias, y, por otro, la protección a terceros de esas mismas conductas que pueden ser violentas. Entre los factores de riesgo para que a una persona se le apliquen contenciones físicas están, además de tener síntomas psicológicos conductuales asociados a la demencia: tener un deterioro funcional físico y cognitivo, y edad avanzada<sup>83</sup>.

La discriminación por razón de la edad, también conocida como edadismo, se produce especialmente en el cuidado de la salud que se recibe por parte de las personas de mayor edad<sup>84</sup>. Esta discriminación resultó evidenciada en la pandemia de la COVID-19, donde las respuestas dadas en el ámbito sanitario “amplificaron muchas de las dificultades a las que las personas de edad venían haciendo frente desde hacía varios años, como la discriminación por vejez, la falta de protección social y de acceso a los servicios sanitarios, la falta de autonomía y participación en la adopción de decisiones y el riesgo de sufrir violencia, desatención, abuso y explotación”, como afirma el Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 28 de febrero de 2022, sobre “Criterios

81 En este mismo sentido, el COMITÉ DE BIOÉTICA (“Consideraciones”, cit., 44), apunta en su recomendación 6.ª que: “Las contenciones se aplicarán sólo el tiempo estrictamente necesario, y siempre se hará de forma proporcional, garantizando el bienestar de la persona contenida y con las precauciones necesarias para causarle el mínimo daño”.

82 En concreto la Instrucción tiene en cuenta la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece una serie de principios para la ejecución de medidas de contención en un centro de protección de menores con problemas de conducta. De acuerdo con la misma estos principios serían: “excepcionalidad, la mínima intensidad posible y tiempo estrictamente necesario, y se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, a la privacidad y a los derechos de la persona” (art. 21 ter 2) y su aplicación por “personal especializado” (art. 21 ter 3). Los arts. 27 a 29 concretan estos principios destacando la necesidad de motivación en su adopción por la dirección del centro, así como su aplicación como último recurso, bajo un estricto protocolo en el que se documente su uso, debiendo ser notificadas inmediatamente a la entidad pública y al Ministerio Fiscal. Estos principios también aparecen reflejados en algunas normas autonómicas, como la Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias, cuya DA 9.ª establece que la restricción física o el tratamiento farmacológico deben obedecer siempre a los principios de necesidad, excepcionalidad, proporcionalidad y temporalidad.

83 PINAZO-HERNANDIS, S., “Capítulo VIII”, cit., p. 180.

84 CHANG, E-S. / KANNOTH, S. / LEVY, S. / WANG, S-Y. / LEE, J.E. / LEVY, BR.: “Global reach of ageism on older persons' health: A systematic review”, *PLoS ONE*, 2020, 15 (1), <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0220857>.

normativos y obligaciones en virtud del derecho internacional respecto de la promoción y protección de los derechos humanos de la persona de edad”<sup>85</sup>.

Las sujeciones mecánicas tienen muchas consecuencias negativas tanto en el aspecto físico como psicológico de la persona a la que se le aplican, como la pérdida de fuerza o masa muscular, asfixia, riesgo de caídas, moratones, pérdida de la autonomía y de la dignidad personal, entre otros. En el caso de las sujeciones farmacológicas, nos encontramos, entre sus efectos secundarios, con problemas de muerte súbita, accidentes cerebrovasculares, alteraciones en su capacidad cognitiva o dependencia a los fármacos suministrados.

Diversos estudios realizados han puesto de manifiesto que el uso de contenciones no ayuda a resolver el problema por el que se prescribieron, no responden a ninguna necesidad de la persona, sino que son más sus efectos adversos (como el riesgo de sufrir daños por parte del paciente) que beneficiosos. Por lo que se concluye recomendando más investigación y métodos alternativos a las contenciones<sup>86</sup>. Entre ellos, la importancia de las políticas asistenciales, la asistencia y vigilancia adecuada de los pacientes, promover la concienciación de la no necesidad de mecanismos de coerción entre el personal médico, así como la presencia de acompañantes en la toma de decisiones sobre la contención mecánica<sup>87</sup>. La viabilidad del no empleo de sujeciones se pone de manifiesto a través de la existencia de centros que nos las emplean y del aumento de modelos de cuidado sin sujeciones físicas en residencias de mayores con buenos resultados<sup>88</sup>.

Desde el ámbito asociativo, han surgido en España iniciativas que se han propuesto también la eliminación de contenciones físicas y farmacológicas en el cuidado de las personas mayores, por ejemplo, la “Plataforma Nacional sin

85 Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4970-normative-standards-and-obligations-under-international-law>.

86 Entre otros, BRAUN J.A. y CAPEZUTI, E.A.: “The Legal and Medical Aspects of Physical Restraints and Bed Siderails and Their Relationship to Falls and Fall-Related Injuries in Nursing Homes”, *DePaul Journal of Health Care Law*, 2000, vol. 4, n.º 1, pp. 1-72; EVANS, D. / WOOD, J. / LAMBERT, L.: “A review of physical restraint minimization in the acute and residential care settings”, *Journal of Advanced Nursing*, 2002, vol. 40, pp. 616-625, DOI: 10.1046/j.1365-2648.2002.02422.x; EVANS, L.K. / STRUMPF, N.E.: “Tying Down the Elderly. A Review of the Literatura on Physical Restraint”, *Journal of the American Geriatrics Society*, 1989, vol. 37, pp. 65-74, DOI: 10.1111/j.1532-5415.1989.tb01571.x; GOODING, P.M.: “Mind the Gap: Researching ‘Alternatives to Coercion’ in Mental Health Care”, en AA.VV.: *Mental Health, Human Rights and Legal Capacity*, ed. por M. STEIN, V. PATEL, C. SUNKEL, F. MAHOMED, Cambridge University Press, 2021, pp. 273-287; y MEYERS E.M.: “Physical restraints in nursing homes: An analysis of quality of care and Legal liability”, *The Elder Law Journal*, 2002, vol 10, pp. 2017-262.

87 BAGUÉ MARTÍNEZ, N. y REVERTÉ VILLARROYA, S.: “Análisis del uso de la contención mecánica en una unidad de geriatría de agudos: estudio observacional”, *Gerokomos: Revista de la Sociedad Española de Enfermería Geriátrica y Gerontológica*, 2024, vol. 35, pp. 2-7.

88 Para más detalle vid. URRUTIA BEASKOA, A.M.: *Modelo de cuidado centrado en la persona con reducción del uso de sujeciones físicas y químicas: conceptualización e implantación*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2016; y TORTOSA, M.A. / GRANELL PÉREZ, R. / FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “Efectos de un programa de eliminación de sujeciones físicas sobre personas mayores con demencia en residencias”, *Revista española de geriatría y gerontología*, 2016, vol. 51, n.º 1, pp. 5-10.

Sujeciones”<sup>89</sup>, el “Programa No Sujetes”, desarrollado por la asociación Dignitas Vitae<sup>90</sup>, el Programa Desatar, bajo el paraguas de la asociación nacional de Personas Mayores (Confederación Española de Organizaciones de Mayores -CEOMA-), la Asociación Española de Enfermería de Salud Mental, que ha elaborado un manifiesto de “Tolerancia cero con las contenciones mecánicas”, en el cual se afirma que muchos profesionales han comenzado a negarse a utilizar una técnica que consideran puede suponer una violación de los derechos humanos<sup>91</sup>.

La eliminación o al menos minoración en el uso de contenciones lleva a la necesidad de buscar otras formas de cuidar a las personas mayores con problemas cognitivos o conductuales. Entre ellas está el uso de mobiliario que evite caídas, como la cama cota cero, que es una cama ultrabaja, que desciende hasta los 6 cm. del suelo, por lo que no se producen caídas desde ella y los usuarios están más protegidos y seguros; los sensores de cama y silla, que ayudan en la tarea de vigilancia de las personas que presentan afecciones cognitivas y tienden a levantarse de la cama en horario de descanso; sistemas de control, como la videovigilancia o dispositivos de supervisión de las personas con riesgo de fuga que también pueden ayudar en esta labor de cuidados sin sujeciones. Otros sistemas alternativos para el mejor cuidado de las personas mayores pueden venir de la mano de la IA aplicada para su cuidado, también conocida como *geriatrónica*, con herramientas diseñadas para detectar caídas, interrupciones del sueño, anomalías en la actividad diaria de los mayores, como el *Remote Care*, que permiten saber a través del wifi y la nube, cuándo se levanta o se acuesta una persona, cómo es su nivel de actividad o cuáles son las zonas por las que se mueve<sup>92</sup>. Ya que el objetivo a alcanzar lo apunta la Fiscalía General del Estado y Acuerdo del CTSS-SAAD, y este no es otro que una atención libre de contenciones físicas, mecánicas, químicas o farmacológicas en el cuidado de las personas mayores.

### B) Excepcionalidad.

El uso de contenciones solo puede aplicarse cuando no hayan funcionado otros métodos de prevención menos invasivos (como la contención verbal, la manual o la farmacológica) o en supuestos de riesgo inminente y grave para la persona o para terceros. Se trata por tanto de una medida excepcional que solo puede aplicarse en casos muy puntuales. En esta dirección, la Sociedad Española

89 Formada por CERMI, Dignitas Vitae, la Fundación de Cuidados Dignos, Help Age International, y el Consejo General de Enfermería, entre otros. Véase en: <https://cermi.es/noticia/nace-la-plataforma-nacional-sin-sujeciones-para-luchar-contr-el-uso-de-sujeciones-fisicas-y-quimicas-con-pacientes>

90 Disponible en: <https://dignitasvitae.es/no-sujetes/>

91 Disponible en: <https://www.aeesme.org/wp-content/uploads/2019/01/Posicionamiento-AEESME-Tolerancia-Cero-Contenciones-Mec%C3%A1nicas.-19-enero.pdf>

92 Vid. noticia del uso de esta herramienta en: <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/prensa/telefonica-y-aerial-prueban-en-luciana-ciudad-real-un-innovador-sistema-para-cuidar-remotamente-a-las-personas-mayores/>



de Geriatría y Gerontología, en su documento de consenso elaborado en 2014, considera que no es admisible el uso continuado de sujeciones cuando existen otras alternativas<sup>93</sup>.

Esto conlleva la preferencia de las medidas preventivas frente a las reactivas, como métodos psicológicos (hablar con la persona para calmarla) o la contención manual frente a la mecánica. De tal manera que “se debería de evitar el recurso sistemático a métodos de represión mecánica o química cuando para calmar a la persona fuera suficiente un breve período de control manual en combinación con métodos psicológicos”<sup>94</sup>.

Y en esta dirección se pronuncia el ACTSS-SAAD, que obligará a los centros antes del 20 de junio de 2025 a no aplicar ninguna sujeción salvo situaciones excepcionales y de urgente necesidad en las que exista un peligro inminente que ponga en riesgo la seguridad física de la persona usuaria, de las personas cuidadoras o de terceras personas y en las que previamente se haya constatado el fracaso de otras medidas alternativas. Así: “Para justificar el uso de sujeciones en la atención a una persona usuaria concreta (sigue diciendo el apartado 15.º de este Acuerdo), se deberán documentar y detallar los intentos alternativos realizados, los motivos de su fracaso y las consecuencias que se hubieran producido en el registro que proceda (Plan Personal de Apoyo, Plan Personal de Reducción de Sujeciones, etc.). La utilización de sujeciones tendrá siempre carácter temporal y proporcional, aplicándose con la mínima intensidad posible y garantizándose la prohibición de exceso”.

En suma, la consideración de las contenciones como un acto médico y al sujeto al que se le aplican como paciente, exige una situación médica excepcional que las requiera, evitando un uso sistemático y debiendo ser preferidas otras medidas, como la contención verbal o la manual, antes que la mecánica.

### C) Necesidad.

El principio de necesidad alude a la llamada “indicación terapéutica”, conforme a la cual no cabe imponer una medida coercitiva si no concurre el supuesto de hecho clínico que la hace necesaria<sup>95</sup>. Lo que comporta dos consecuencias. Una de carácter competencial, lo que tiene que ver con la consideración de la contención como un acto médico (ya analizado en líneas anteriores); y, otra, la justificación

93 SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA, *Documento*, cit., p. 22.

94 Como aconseja el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y el COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES, *Medidas de restricción en establecimientos psiquiátricos para adultos*, Consejo de Europa, 2006, ap. 39. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806cceb2>.

95 Siguiendo en este punto a BARRIOS FLORES, F.L.: “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación”, *Derecho y Salud*, 2003, vol. 11, n.º 2, p. 158.

de su uso. Y, como se desprende de los textos internacionales arriba expuestos, el uso de sujeciones constituye el último recurso para impedir que un paciente se autolesione o lesione a terceros.

Esto significa que solo cabe aplicar una medida de contención (física o farmacológica) por la presencia de un peligro. El uso de contenciones con fines disciplinarios o por conveniencia, como el ahorro de trabajo o de recursos del centro residencial, no se ajusta a los requisitos que exigiría el principio de necesidad en el uso de estas medidas y es absolutamente incompatible con la dignidad humana. Por lo que su empleo en estos casos debe ser rechazado (siguiendo la Instrucción de la FGE).

Por otro lado, habrá que tener en cuenta que la disminución o supresión de contenciones mecánicas no puede conllevar un correlativo incremento de los tratamientos farmacológicos, que contribuyan a restringir la actividad física de las personas cuando no corresponden a una verdadera indicación terapéutica.

#### *D) Proporcionalidad.*

La utilización de sujeciones físicas debe tener siempre carácter temporal y proporcional, aplicándose con la mínima intensidad posible y garantizándose la prohibición de exceso. Controlar de manera apropiada a un paciente nervioso o violento no es tarea sencilla para el personal de una residencia. Debe optarse por el medio de contención menos restrictivo, menos peligroso y que menos daños pueda causar, atendiendo a la situación personal del paciente. Resulta fundamental a este respecto que el personal que debe aplicar las sujeciones reciba una formación adecuada sobre cómo aplicar los métodos de sujeción, los efectos que tal recurso pueden tener sobre el paciente y cómo debe atenderse a un paciente con estas medidas<sup>96</sup>, en orden a reducir el riesgo de heridas y lesiones.

Ahondando un poco más en el principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional recurre frecuentemente a este principio a la hora de valorar la constitucionalidad del uso de medidas de contención, en la medida en que se trata de medidas que limitan la libertad personal (art. 17 CE). Por lo que se refiere a su contenido, este principio se encuentra estructurado en tres subprincipios aplicables en el uso de contenciones: i) se trataría de ver si tales medidas pueden conseguir el efecto propuesto de evitar lesiones propias o a terceros (principio de idoneidad); ii) si son necesarias, en la medida en que no existen otras menos graves para la consecución del mismo fin con igual eficacia (principio de necesidad); y iii) si las mismas son ponderadas o equilibradas por

---

96 COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES, *Medidas*, cit., apdo. 49, p. 5.

derivarse de ellas más beneficios que perjuicios (principio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>97</sup>.

En otras palabras, para valorar la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de contenciones habrá que ver si la medida ha sido idónea, era necesaria (se ha optado por la medida menos lesiva) y más beneficiosa para el concreto paciente/residente.

#### E) Provisionalidad.

Las medidas de contención se deben de adoptar por el tiempo que resulte imprescindible, eludiendo aplicaciones rutinarias. Como nos recuerda la STEDH de 15 de septiembre de 2020, caso *Aggerholm contra Dinamarca*<sup>98</sup>, anteriormente citada, la contención mecánica ha de ser limitada en el tiempo, deberá durar el tiempo estrictamente necesario y no horas, ya que una vez superada la situación de urgencia que ha motivado su uso, el paciente tendría que ser inmediatamente liberado. Una contención prolongada equivale, por tanto, a una tortura (art. 3 CEDH), de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En esta dirección, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, creado a raíz de la aprobación del Convenio Europeo del mismo nombre, ha destacado la importancia de restringir el uso de una contención mecánica en términos temporales. De tal manera que una vez superada la situación urgente que ha justificado el empleo de estas medidas, el paciente debería ser liberado de inmediato. Por lo que considera necesario que los centros donde se apliquen establezcan normas claras sobre las circunstancias en las que deben ser aplicadas y su duración máxima, que no podrá ampliarse a menos que otro médico lo ratificara expresamente<sup>99</sup>. Por su parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores considera en su art. 4 que los Estados Parte deben adoptar medidas para erradicar las sujeciones físicas prolongadas.

Atendiendo a la necesaria provisionalidad que deberían tener las medidas de contención física, sería conveniente que los establecimientos implantaran un plazo máximo, que no pudiera ampliarse a menos que otro médico también lo ratificara expresamente. Y durante el periodo que se usa la contención los profesionales de enfermería realicen una actividad regular de vigilancia.

97 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F./ ASENSI PALLARÉS, E.: "El recurso a la proporcionalidad por parte de nuestros tribunales en el enjuiciamiento de la responsabilidad por medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario", *Derecho y Salud*, 2013, vol. 23, n.º extra I, pp. 215 y 220.

98 STEDH, Secc. 2.ª, de 15 de septiembre de 2020, caso *Aggerholm contra Dinamarca* (JUR 2020, 271857).

99 COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES, *Medidas*, cit., apdo. 45, pp. 3 y 4.

F) *Prohibición del exceso y transparencia.*

El uso excesivo de contenciones mecánicas o farmacológicas puede violar derechos fundamentales de la persona, por lo que su uso, como hemos tenido ocasión de comprobar, debe ser la última opción y aplicarse solo cuando sea absolutamente necesario para proteger la seguridad del residente o de otros, evitando un uso rutinario o injustificado. De lo que se infiere que debería optarse siempre por el medio que afecte en menor medida a esos derechos fundamentales (como la libertad o la integridad física).

La transparencia en los centros residenciales sobre el uso de mecanismos de contención mecánica y farmacológica resulta a este respecto fundamental. Así, es necesario que cada centro residencial disponga de un protocolo para el uso de sujeciones que prevea tanto la indicación (prescripción médica), el procedimiento de instauración y su supervisión. Lo recomienda el Comité de Bioética (recomendación n.º 2) y lo exige la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado [apdos. 5.2.2) y 7.3.<sup>a</sup>, iii)]. Pero la existencia de un protocolo para sujeciones mecánicas o farmacológicas en un centro residencial no debe significar, que haya una “patente de corso” para aplicar sujeciones<sup>100</sup>.

Hay un interesante estudio que muestra que no todas las guías o protocolos vigentes en España sobre contenciones mecánicas en centros residenciales recogen todos los elementos que indica la Instrucción 1/2022 y las recomendaciones del Comité de Bioética. Así tan solo el 72% de ellos reflejan la necesidad de consentimiento informado, el 81% la obligación de registrar en la historia clínica todo el proceso de la contención, el 93,7% indica la obligatoriedad de especificar la causa de la contención, el 90,6% la obligatoriedad de utilizar la desescalada verbal, en todos ellos está presente la obligación de valorar el riesgo de autolesión y la lesión a terceros y la necesidad de establecer una vigilancia adecuada tras la instauración de una medida de contención. Pero, como refleja este estudio, el porcentaje se reduce drásticamente cuando hablamos de la necesidad de obtener un consentimiento informado para cada tipo de contención mecánica (6,25%), la obligación de obtener un consentimiento informado éticamente válido (9,37%) o la obligación de informar a la familia y comprobar la comprensión de la información (53,1 %) <sup>101</sup>. Esta disparidad de criterios arroja como resultado la necesidad de una regulación sobre la materia, para poner límites a su uso, y aclarar cuándo y en qué circunstancias y bajo qué criterios se pueden utilizar contenciones y de qué tipo <sup>102</sup>.

100 Como afirma la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRIA Y GERONTOLOGIA, *Documento*, cit., p. 19.

101 ROMÁN GÁLVEZ, M.ª R. / GÁMIZ GONZÁLEZ, F. / MATAS MATAS, F.R. / RIVAS ARQUILLO, M.M. / COBOS VARGAS, A. / BUENO CAVANILLAS, A.: “Ética de los cuidados: valoración de los contenidos éticos en los protocolos o consensos de contención mecánica vigentes en España”, *Journal of Healthcare Quality Research*, 2024, vol. 39, n.º 3, pp. 188-194.

102 En esta dirección, BARRIOS FLORES, L.F.: “Uso de medios”, cit., p. 80 aboga por la conveniencia de formular un modelo de protocolo homogéneo para todos los establecimientos sanitarios y sociosanitarios, labor que

En la historia clínica o documento equivalente del residente debe quedar constancia documental de la indicación, el uso y el tipo de contención aplicada, especificando también la duración [como señala la recomendación n.º 7 del Comité de Bioética y requiere el apdo. 5.2.3) y el apdo. 7.3.ª.iv) de la Instrucción I/2022 de la FGE]. De hecho, en la Proposición de Ley General de Salud Mental se prevé que cada centro sociosanitario cree un registro en el que deberán de constar las contenciones mecánicas realizadas. Este registro debe ser accesible para las personas que acrediten un interés legítimo, así como para las autoridades de la administración pública competentes en materia sanitaria y “la Defensoría de la persona con problemas de salud mental” (art. 33.2). Figura que deberá crear cada comunidad autónoma y entre sus funciones está velar por la garantía de los derechos humanos de las personas con problemas de salud mental y realizar visitas de supervisión o seguimiento, para valorar la calidad de la atención prestada (art. 39).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la Fiscalía ejerce una importante función de control sobre el uso de contenciones en los centros residenciales, sobre la base de la Instrucción I/2022, de la normativa autonómica aplicable<sup>103</sup> y del ACTSS-SAAD, que establece que todos los centros y servicios acreditados estarán sometidos a inspección, control y seguimiento que aseguren un cumplimiento adecuado de sus condiciones (Sección primera apdo, 7.º). Por lo que en el caso de que el Ministerio Fiscal llegara a tener conocimiento, por comunicación de los centros o por cualquier otra vía, de la aplicación de una medida de sujeción que no se ajuste a la normativa y principios aplicables, podrán promover el ejercicio de las facultades judiciales de control y vigilancia (arts. 265 y 270 CC, arts. 3.1, 4, 43.2 y 52.1 LJV y 763 LEC). Si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal, el Ministerio Fiscal deberá incoar las correspondientes diligencias de investigación y solicitar la adopción de medidas cautelares o la práctica de diligencias que precisen autorización judicial<sup>104</sup>.

---

podría acometerse por vía reglamentaria (en desarrollo de la LAP) o bien mediante la elaboración de una Guía estatal sobre la materia.

103 Así, la Orden de 4 de febrero de 2005, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se regula el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de servicios sociales especializados para la atención de personas mayores, establece en su art 47 la obligación de todas las residencias de contar con un protocolo sobre las medidas de sujeción (art. 47.2.i), dirige oficio a todas las residencias para que aporte copia del protocolo, de la prescripción médica que indique la necesidad de la adopción de esa medida, del consentimiento informado del paciente/residente o su representante legal.

104 Son de especial interés los arts. 147, 148 y 153 CP referidos a las lesiones, el art. 169 CP sobre amenazas, el 172 CP (delito de coacciones), art. 173 CP (relativo a las torturas y o delito de maltrato habitual del núm.2, que incluye dentro de los sujetos pasivos a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados), los arts. 226 y 299 (abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

España necesita contar con un marco legal que tenga como objetivo la eliminación de contenciones mecánicas o farmacológicas en centros residenciales de personas mayores. De hecho, uno de los retos estratégicos del actual gobierno español es: "Revisar la normativa vigente en materia de internamientos y contenciones, bajo el prisma de los derechos humanos y asegurar las medidas alternativas a estas prácticas"<sup>105</sup>. En estos momentos se encuentra en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley General de Salud Mental, que persigue que todos los centros implementen cambios en el funcionamiento de sus servicios, tendentes a la eliminación de contenciones mecánicas y farmacológicas o de otro tipo, mediante nuevas políticas y prácticas que deben ir encaminadas a formar a equipos profesionales para evitarlas. Hasta entonces, será necesario establecer certidumbre sobre los casos en los que dichas medidas se pueden aplicar, cuestión que hemos abordado a lo largo de este trabajo.

Esta reforma legal puede ser una buena ocasión para revisar el consentimiento informado en el ámbito de la salud (arts. 9 LAP), que no se ha visto modificado por la Ley 8/2021, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad.

Entre tanto habrá que hacer una interpretación adaptativa de la LAP, que exige que la utilización de cualquier medio de contención mecánico o farmacológico cuente con prescripción facultativa previa y el consiguiente consentimiento informado del paciente o, en su defecto, de su "representante legal" o personas vinculadas por razones familiares o de hecho (art. 9.3 LAP). Será, portanto, la propia persona mayor la que deba, en primer término, recibir la información asistencial necesaria, de una forma comprensible y adaptada a su situación personal, para que pueda prestar su consentimiento a las medidas de contención (art. 5.2. LAP). Se podrá ayudar para ello de los sistemas de apoyo establecidos de forma voluntaria, legal o judicial, que cumplen una función de asistencia y no de representación con carácter general. El consentimiento debería ser por escrito y previo, o al menos coetáneo, a la aplicación de la medida, excepto cuando exista riesgo para la salud o se trate de una urgencia vital, supuesto bastante frecuente en el ámbito que nos ocupa, en cuyo caso corresponderá la decisión al facultativo o al personal de enfermería, existiendo un deber de información posterior y de constancia de la medida adoptada en la historia clínica del paciente.

El uso de medidas de contención tiene una dimensión internacional de derechos humanos, constitucional y asistencial. Creo que ha quedado reflejado a lo largo de

---

105 MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030: *Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Aprobada por Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2022, p. 48.

todo el trabajo que su uso solo debe emplearse en casos excepcionales, cuando no hayan funcionado otros métodos menos invasivos. Por lo que se debería implementar campañas de formación e información, tanto a los trabajadores de estas residencias, como a sus usuarios y familiares, y a la sociedad en general, sobre los efectos de las contenciones y la importancia de estar exentos de ellas para la dignidad de las personas, aunque esto pueda conllevar algunos “riesgos generales de la vida”, como pueden ser caídas. A este respecto cabe recordar el compromiso asumido por los Estados firmantes del Convenio de Nueva York de 2006 respecto a sus profesionales sanitarios de “sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado” [art. 25. d)].

En la ética del cuidado son imprescindibles la empatía y la escucha activa, la atención integral y centrada en la persona, la atención a su situación particular y sin discriminar por razón de su edad y/o condiciones cognitivas. Este modelo de cuidado deberá estar presentes en la mente del legislador cuando realice cualquier acción legislativa de protección de las personas mayores.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, H.: “La tutela de la libertad personal en los internamientos no voluntarios en centros geriátricos”, *Revista de Derecho Político*, 2023, n.º 117, pp. 277-310.

ANDREU MARTÍNEZ, B.: “La aplicación de medidas de contención a personas con discapacidad en la Instrucción 1/2022 de la Fiscalía General del Estado”, en AA.VV.: *Mujer, Discapacidad y Derecho* (dir. por B. VERDERA IZQUIERDO y coord. por J.A. FERRER GUARDIOLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 47-67.

- “Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: el dilema que plantea la Ley de Autonomía del Paciente y su reflejo en la doctrina del TC”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, n.º 20, pp. 130-183.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/72/55)*, Nueva York, 2017. <https://www.ohchr.org/es/documents/reports/report-committee-rights-persons-disabilities-thirteenth-session-25-march-17-april>

BAGUÉ MARTÍNEZ, N. y REVERTÉ VILLARROYA, S.: “Análisis del uso de la contención mecánica en una unidad de geriatría de agudos: estudio observacional”, *Gerokomos: Revista de la Sociedad Española de Enfermería Geriátrica y Gerontológica*, 2024, vol. 35, n.º 1, pp. 2-7.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “El consentimiento informado de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *El Derecho civil ante los retos actuales de la vulnerabilidad personal* (dir. por M.V. MAYOR DEL HOYO y S. DE SALAS MURILLO), Aranzadi, 2024 (en prensa).

BARRIOS FLORES, L.F.: “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación”, *Derecho y Salud*, 2003, vol. 11, n.º 2, pp. 141-164.

- “Derechos Humanos y salud mental en Europa”, *Norte de salud mental*, 2010, vol. VIII, n.º 36, pp. 55-67.
- “Uso de medios coercitivos en los ámbitos sanitario y sociosanitario”, *Derecho y Salud*, 2019, vol. 29, n.º extra 1, pp. 66-107.

BRAUN J.A. y CAPEZUTI, E.A.: “The Legal and Medical Aspects of Physical Restraints and Bed Siderails and Their Relationship to Falls and Fall-Related Injuries in Nursing Homes”, *DePaul Journal of Health Care Law*, 2000, vol. 4, n.º 1, pp. 1-72.



CALAHORRANO LATORRE, E.: "El derecho al consentimiento informado de las personas mayores en el ámbito de la salud. Estándares desde el derecho internacional de los derechos humanos y sus efectos en el ordenamiento jurídico chileno", *Estudios Constitucionales*, 2021, vol. 19, n.º 1, pp. 4-34.

CHANG, E-S. / KANNOTH, S. / LEVY, S. / WANG, S-Y. / LEE, JE. / LEVY, BR.: "Global reach of ageism on older persons' health: A systematic review", *PLoS ONE*, 2020, 15 (1), <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0220857>.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: *Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*, Madrid, 2016 <https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/Informe-Contenciones-CBE.pdf>.

COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES, *Medidas de restricción en establecimientos psiquiátricos para adultos*, Consejo de Europa, 2006. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806cceb2>.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia", en AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y A. BUENO BIOT, dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 56-106.

- "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *El nuevo sistema general de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 81-123.

DÍAZ PARDO, G.: "Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio", en AAVV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (dir. por M. PEREÑA VICENTE y M.M. HERAS HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 307-340.

ELIZARI URTASUN, L.: "Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2016, n.º 30, pp. 337-369.

- "Ingresos de personas mayores en centros residenciales", *InDret*, 2018, n.º 1, pp. 1-47.

EVANS, L.K. / STRUMPF, N.E.: "Tying Down the Elderly. A Review of the Literatura on Physical Restraint", *Journal of the American Geriatrics Society*, 1989, vol. 37, pp. 65-74, DOI: 10.1111/j.1532-5415.1989.tb01571.x.

EVANS, D. / WOOD, J. / LAMBERT, L.: "A review of physical restraint minimization in the acute and residential care settings", *Journal of Advanced Nursing*, 2002, vol. 40, pp. 616-625, DOI: 10.1046/j.1365-2648.2002.02422.x.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C.: "La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, n.º 39, pp. 213-247.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

GOODING, P.M.: "Mind the Gap: Researching 'Alternatives to Coercion' in Mental Health Care", en AA.VV.: *Mental Health, Human Rights and Legal Capacity*, ed. por M. STEIN, V. PATEL, C. SUNKEL, F. MAHOMED, Cambridge University Press, 2021, pp. 273-287.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Artículos 287 a 290 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 786-815.

MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: "El uso de las contenciones en personas mayores en los centros residenciales y/o sociosanitarios. A propósito de la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado", *La Ley* 8268/2023.

MEYERS E.M.: "Physical Restraints in Nursing Homes: An Analysis of Quality of Care and Legal Liability", *The Elder Law Journal*, 2002, vol. 10, pp. 2017-262.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F./ ASENSI PALLARÉS, E.: "El recurso a la proporcionalidad por parte de nuestros tribunales en el enjuiciamiento de la responsabilidad por medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario", *Derecho y Salud*, 2013, vol. 23, n.º extra 1, pp. 212-221.

NAVARRO-MICHEL, M.: "El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial", *Revista de Bioética y Derecho*, 2019, n.º 45, pp. 231-251.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2021.

PINAZO-HERNANDIS, S., "Capítulo VIII. Sujeciones y contenciones físicas y químicas en las personas mayores: detractores de salud", en AA.VV.: *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*. Colección: Los derechos humanos de las personas mayores en España: La igualdad de trato y la no discriminación por razón de edad, FUNDACIÓN HELPAGE INTERNATIONAL ESPAÑA, septiembre 2023, pp. 173-193.

PRADOS GARCÍA, C.: *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Dykinson, 2023.

ROMÁN GÁLVEZ, M.<sup>a</sup> R. / GÁMIZ GONZÁLEZ, F. / MATAS MATAS, F.R. / RIVAS ARQUILLO, M.M. / COBOS VARGAS, A. / BUENO CAVANILLAS, A.: "Ética de los cuidados: valoración de los contenidos éticos en los protocolos o consensos de contención mecánica vigentes en España", *Journal of Healthcare Quality Research*, 2024, vol. 39, n.º 3, pp. 188-194.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. y DE BORJA LANGELAAN OSSET, F.: "La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 15, 2, pp. 920-941.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA. *Documento de Consenso sobre sujeciones mecánicas y farmacológicas*, Comité Interdisciplinar de Sujeciones, Madrid, 2014.

TORRELLES TORREA, E.: "La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario", *InDret*, 2022, n.º 3, pp. 76-113.

TORTOSA, M.A. / GRANELL PÉREZ, R. / FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: "Efectos de un programa de eliminación de sujeciones físicas sobre personas mayores con demencia en residencias", *Revista española de geriatría y gerontología*, 2016, vol. 51, n.º 1, pp. 5-10.

URRUTIA BEASKOIA, A.M.: *Modelo de cuidado centrado en la persona con reducción del uso de sujeciones físicas y químicas: conceptualización e implantación*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2016.

EL PRINCIPIO DE LIBRE ELECCIÓN DEL NOMBRE  
PROPIO FRENTE A LOS NOMBRES QUE HACEN  
CONFUSA LA IDENTIFICACIÓN

*THE PRINCIPLE OF FREE CHOICE OF THE PROPER NAME  
AS OPPOSED TO NAMES THAT MAKE IDENTIFICATION  
CONFUSING*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 60-83*

Cristina LÓPEZ  
SÁNCHEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** En el Derecho español, la Ley del Registro civil de 21 de julio de 2011 ha sido reformada por la Ley de 28 de febrero de 2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, siendo una de sus consecuencias la abolición de otro límite en torno a la libertad de elección del nombre propio. En concreto, tras la citada reforma ha desaparecido la prohibición relativa a que el nombre haga confusa la identificación en relación con el sexo o la identidad sexual. Esta previsión se incluye con carácter general y sin hacer distinción alguna según se trate del momento del nacimiento o de un momento posterior, con los efectos que en ambos casos se derivan a la hora de llevar a cabo la identificación de las personas.

**PALABRAS CLAVE:** Nombre propio; Registro Civil; transexuales; identificación; sexo; género.

**ABSTRACT:** *In Spanish law, the Civil Registry Act of 21 July 2011 was amended by the Act of 28 February 2023 for the real and effective equality of trans persons and for the guarantee of the rights of LGTBI persons, one of its consequences being the abolition of another limit on the freedom to choose one's own name. Specifically, following the aforementioned reform, the prohibition on the name making identification confusing in relation to sex or sexual identity has disappeared. This provision is included in general terms and without making any distinction between the moment of birth and a later moment, with the effects that in both cases derive from the identification of persons.*

**KEY WORDS:** Proper name; Civil Registry; transsexuals; identification; sex; gender.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCIÓN LEGAL DEL NOMBRE EN EL DERECHO ESPAÑOL.- III. EL DERECHO AL NOMBRE Y EL PRINCIPIO DE SU LIBRE ELECCIÓN.- IV. LIMITACIONES ACTUALES.- V. LA NO RELEVANCIA DE LA CORRESPONDENCIA DEL NOMBRE CON EL SEXO O LA IDENTIDAD SEXUAL DE LA PERSONA TRAS LA LEY TRANS.- VI. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Con la entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI se han modificado algunos artículos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC)<sup>1</sup>, entre ellos, el art. 51, referido al principio de libre elección del nombre propio. Tras la mencionada reforma, dicho artículo dispone en su redacción actual que “El nombre propio será elegido libremente y solo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente: 1.º No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto. 2.º No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación. A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona. 3.º No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido”.

El precepto empieza haciendo referencia a la posibilidad de elegir el nombre propio, haciendo gala del principio de libre elección que, al menos de entrada, se consagra en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el art. 11.a) LRC de 2011, en el que se recoge el derecho al nombre entre los llamados “derechos de las personas ante el Registro Civil”<sup>2</sup>, como en el art. 50 de la misma Ley, titulado precisamente “Derecho al nombre”, donde se establece que “toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento” y que “las personas son identificadas por su nombre y apellidos”. En principio, corresponde a los progenitores o guardadores ejercer ese derecho (y, en su defecto, con carácter subsidiario –bien por no haberse expresado nombre alguno o bien porque fuera inadmisibile– será el Encargado quien, tras requerirles para que lo hagan en el plazo de tres días

---

1 Así, los arts. 44, 49, 51, 53, 69, ó 91 de la citada Ley del Registro Civil. Contrasta con ello que no se haya modificado por la Ley Trans y, por lo tanto, aún siga en vigor, el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958, si bien es cierto que no se refiere a los nombres que hagan confusa la identificación.

2 LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Comentario al art. 11”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 259-260.

• **Cristina López Sánchez**

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández de Elche.  
Correo electrónico: cristina.lopezs@umh.es

si, el mismo impondrá un nombre) , todo ello por mor del art. 193 RRC, si bien cuando nos situamos en el contexto referido al cambio de nombre la legitimación correspondería al propio interesado en que esa modificación se llevase a cabo.

Sin lugar a dudas el cambio más relevante, por lo revolucionario que resulta, es el consignado en el apartado segundo *in fine* del art. 51 LRC de 2011, al eliminar, entre las limitaciones todavía existentes en torno a la imposición de un nombre propio, la referencia anterior acerca de que el nombre impuesto no debiera hacer confusa la identificación en cuanto al sexo. Efectivamente, desde el 2 de marzo de 2023, fecha de entrada en vigor de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, en adelante Ley Trans, la posibilidad de alegar la necesidad de correspondencia de dicho nombre con el sexo o la identidad sexual ha quedado abolida, al menos formalmente. Es precisamente en ese apartado donde vamos a poner el foco de atención de ese trabajo, si bien con carácter previo haremos un repaso por la evolución histórica de las limitaciones legalmente previstas en torno al nombre, con el objeto de poder conocer el *iter* que se ha ido recorriendo en aras de poder llegar a situarnos en su consideración actual y, tras ello, terminar con el estudio de la mencionada novedad introducida por la Ley Trans en relación con este punto.

## II. EVOLUCIÓN LEGAL DEL NOMBRE EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Un recorrido por las leyes anteriores hasta culminar con la actual Ley del Registro Civil, la Ley 20/2011 –cuya entrada en vigor se ha producido paulatinamente desde el 23 de julio de 2011 hasta el 30 de abril de 2021–, nos ayuda a percibir con claridad los cambios que, producidos al compás de una sociedad que va evolucionando hacia una mayor libertad y autonomía, han dado lugar a que el principio a la libre elección del nombre fuera cobrando cada vez mayor sentido al ir descolgándose algunos de los límites o prohibiciones que originalmente se habían establecido en nuestra legislación.

No en vano, la razón de ser de esos cambios reside en haber ido otorgando una mayor disponibilidad de este derecho a sus titulares, si bien es cierto que ni siquiera en la actualidad la libertad de elección puede ser considerada absoluta, al existir aún ciertas limitaciones que protegen intereses superiores, como por ejemplo la propia dignidad de las personas<sup>3</sup>, que es el principio en el que resumen todos los derechos.

3 En sentido similar, GARCÍA PÉREZ, C.: “Comentario a los arts. 50 y 51”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 735-736.

Efectivamente, un recorrido retrospectivo por la legislación del Registro Civil español nos permite confrontar que la primera vez que se regula el nombre que se impone al nacido es con ocasión del Reglamento para la ejecución de las Leyes de Matrimonio y Registro Civil, de 13 de diciembre de 1870, pues en la Ley Provisional 2/1870, de 17 de junio, del Registro Civil, no se hace mención al mismo, donde únicamente se hace referencia expresa a la inscripción del nacimiento. Así, el art. 48 de la Ley Provisional, ubicado dentro del título II “De los nacimientos”, solo establece que cuando se lleve a cabo la inscripción, entre otras circunstancias se haga constar el nombre, siendo, como decimos, el Reglamento para la ejecución de las leyes de matrimonio y Registro Civil, de 13 de diciembre de 1870, el que, en su art. 34.2, establece que «Para expresar el sexo del recién nacido, se usará de las palabras, “un niño” si es varón, y si fuere hembra “una niña”» y, a continuación, en el apartado 3 párrafo primero de ese mismo artículo se establece que “Cuando el recién nacido no tuviere ya nombre puesto, el declarante que hiciera su presentación manifestará cuál se le ha de poner; pero el encargado del Registro no consentirá que se pongan nombres extravagantes ó impropios de personas, ni que se conviertan en nombres los apellidos”.

Ni que decir tiene que al legislador decimonónico en modo alguno se le pasaba por la cabeza tener que precisar que el nombre debía adecuarse al sexo, pues se trataba de una cuestión que podríamos calificar como intrínseca al propio nombre y absolutamente incuestionable. Ambos textos legales, Ley y Reglamento, fueron derogados por la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil (derogada, a su vez, por el apartado 1.º de la disposición derogatoria de la Ley de 21 de julio de 2011 del Registro Civil) y por el Reglamento de la Ley del Registro Civil de 1958, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de ese mismo año y que, al contrario que su predecesora, todavía se encuentra vigente).

En ese momento hay que acudir a los arts. 53 a 62 LRC de 1957 y a los arts. 192 a 219 RRC<sup>4</sup> en la materia que ahora nos ocupa. En concreto, el art. 54 LRC de 1957 se refería al nombre y, en cuanto a sus limitaciones, señalaba en su redacción originaria (párrafo segundo) que quedaban prohibidos los nombres que objetivamente perjudicasen a la persona, los que hicieran confusa la identificación y los que indujeran a error en cuanto al sexo. Con todo, ese artículo fue modificado

4 Con anterioridad en el tiempo destacan la Orden de 9 de mayo de 1919, que declaró inadecuados los nombres que expresaran conceptos generales por oponerse a la función individualizadora a que obedecía la imposición del nombre en la vida civil (aunque permitió los nombres incluidos en los calendarios de cualquier religión, o los que hubieran sido utilizados por personas que vivieron en épocas remotas y que hubieran disfrutado de celebridad honrosa); así como también la Orden de 14 de mayo de 1932, que permitió, entre otros, los nombres que originariamente expresaran los conceptos políticos que informaban las modernas democracias (por ejemplo “Libertad”), los nombres que originariamente designaran cosas, como, en el caso de las mujeres, los de flores (por ejemplo “Violeta”) y los de astros (como, por ejemplo, “Sol”), así como también prohibió convertir en nombre los apellidos y seudónimos, y la imposición de más de tres nombres. Vid. ECHEVARRÍA DE RADA, T.: “Actuales limitaciones a la imposición del nombre propio”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 58, núm. 1979, 2004, pp. 4303-4304.



tan solo unos meses después, quedando como sigue a partir del 16 de diciembre de 1957: “Quedan prohibidos los nombres extravagantes, impropios de personas, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombre de los apellidos o pseudónimos. También se prohíbe la imposición al nacido del nombre de un hermano, a no ser que hubiere fallecido, o cualquier otro que haga confusa la identificación”. Como vemos, tras esta reforma se subsume la referencia el sexo dentro del término genérico de identificación confusa, pues el legislador de la época tampoco entonces podía aventurar su omisión.

No obstante, el devenir de los acontecimientos y, sobre todo la tendencia hacia una mayor y más abierta transigencia ideológica, quiso que dicho artículo volviera a ser modificado con ocasión de la promulgación de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, vigente a partir del 6 de febrero de 2000. El art. 2 de dicha Ley estableció: “Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto error en cuanto al sexo”. Como vemos, probablemente porque ya habían empezado las reivindicaciones del colectivo transexual en torno al cambio de sexo y nombre en el Registro Civil, se consideró conveniente volver a introducir la referencia expresa al sexo.

Es por ello que, ahondando aún más si cabe en lo anterior, la tercera modificación de la redacción del párrafo segundo del art. 54 LRC de 1957 tuvo lugar precisamente de la mano del apartado tres de la disposición final segunda de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en vigor a partir del 17 de marzo de 2007, a tenor de la cual: “Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo”.

En estos dos últimos casos, la referencia al sexo se refería a la prohibición de nombres que en su conjunto podían inducir a error en cuanto al sexo, incluyendo con ello los que designaban inequívocamente al sexo opuesto, pero no los que se utilizan indistintamente para ambos sexos. Así, entre algunas resoluciones que se dictaron una vez promulgada la LRC 2011 pero antes de su entrada en vigor, podemos citar la resolución de 7 de octubre de 2013 que se mostró favorable a admitir para varón “Zoe” por ser un nombre ambiguo apto para designar a personas de uno y otro sexo, y por tanto no incurría en ninguna de las prohibiciones del art. 54 LRC de 1957, máxime teniendo en cuenta que en ese caso iba seguido de otro nombre inequívocamente de varón<sup>5</sup>. En sentido parecido, la resolución de 13 de

5 Resolución DGRN núm. 42/2013 de 7 octubre (JUR 2014, 208846).

marzo de 2014 admitió para varón “Ekai” por ser un nombre apto para designar a personas de uno y otro sexo<sup>6</sup>. Igualmente, podemos traer a colación la resolución de 1 de septiembre de 2017 que admitió para varón “Elur”, por ser también un nombre apto para designar a personas de uno y otro sexo<sup>7</sup>, la resolución de 2 de marzo de 2018, admitió para varón “Ari”, por ser un nombre apto para designar a personas de uno y otro sexo<sup>8</sup> o la resolución de 14 de febrero de 2019 que admitió para varón “Lur”, porque, al igual que en los otros casos se trataba de un nombre apto para designar a personas de uno y otro sexo y, por tanto, no estar claramente incurso en ninguna causa de prohibición del art. 54 LRC de 1957<sup>9</sup>.

Efectivamente, con la expresión “y los que induzcan a error en cuanto al sexo” se pretendía evitar que el nombre propio de una persona pudiera dar lugar a que los demás incurriesen en error en relación con el sexo y el nombre que estaba inscrita en el Registro Civil. A pesar de que la regla general sea que el sexo que consta en la inscripción registral sea aquel que corresponde genéticamente, es decir, el que se tiene de acuerdo con los cromosomas, lo cierto es que existen supuestos en los que esa coincidencia entre el sexo de la persona, desde el punto de vista cromosómico, y el nombre propio, no se da, como ocurre con las personas transexuales. Ello es así desde que se admitió la rectificación registral del sexo y el nombre del transexual en el Registro Civil, siendo a partir de entonces la referencia al sexo inscrito la referencia adecuada tanto si se trata, como si no, de un supuesto de transexualidad<sup>10</sup>.

Paralelamente, el art. 192 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, en su texto original señalaba en su último párrafo que: “Se prohíbe también cualquier nombre que haga confusa la designación, por su pronunciación u ortografía exótica o por inducir, en su conjunto, a error sobre el sexo”. Por lo que aquí nos interesa, ese párrafo ha sido modificado en dos ocasiones. En primer lugar, se modifica por el art. 1 del Real Decreto 3455/1977 de 1 de diciembre (en vigor desde el 26 de enero de 1978), quedando así: “Se prohíbe también cualquier nombre que haga confusa la designación o que induzca en su conjunto a error sobre el sexo”.

Y, en segundo lugar, fue de nuevo modificado con ocasión de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, reforma que fue introducida por el artículo único del Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, en vigor el 27 de febrero de 2000, desapareciendo toda mención a la confusa designación y, por ende, al error sobre el sexo, pues únicamente se conservó la referencia a que “no perjudiquen

6 Resolución DGRN núm. 12/2014 de 13 marzo (JUR 2014, 259944).

7 Resolución DGRN núm. 135/2017 de 1 septiembre (JUR 2019, 101942).

8 Resolución DGRN núm. 24/2018 de 2 marzo (JUR 2019, 168814).

9 Resolución DGRN núm. 3/2019 de 14 febrero (JUR 2020, 129033).

10 LINARES NOCI, R.: “De nuevo sobre el nombre propio”, R.E.D.S., núm. 1, enero-abril 2013, p. 91.

objetivamente a la persona por resultar contrarios al decoro”. Esta es la primera vez que las referencias a la confusión y al sexo desaparecen de ese *iter* legislativo al que nos estamos refiriendo, si bien no se trata de una omisión significativa por cuanto que esa limitación seguía aún vigente en la LRC de 1957.

De ahí debemos pasar al estudio de la Ley del Registro Civil de 2011, donde el art. 51 referido al “Principio de libre elección del nombre propio”, en su redacción original, que entró en vigor diez años después de la promulgación de la Ley, se pronuncia en estos términos: “El nombre propio será elegido libremente y sólo quedará sujeto a las siguientes limitaciones, que se interpretarán restrictivamente:

1.º No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto.

2.º No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación.

3.º No podrá imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido”.

En relación con el apartado segundo, con esta redacción se observa que la prohibición de imponer nombres que hagan confusa la identificación de la persona está redactada en términos demasiado amplios. Además, si bien la prohibición de que no induzcan a error en cuanto al sexo ya no está expresamente contenida, parece que puede entenderse incluida en ese cajón de sastre de los nombres que dificultan la identificación de la persona, pues imponer un nombre que es propio de un determinado sexo a una persona del sexo contrario, sin lugar a dudas va a dificultar su identificación al hacernos pensar, como no podía ser de otro modo, que la persona pertenece al sexo al que corresponde su nombre<sup>11</sup>.

En este caso, en atención al momento temporal en que se puede elegir el nombre, cabría pensar en dos hipótesis, la primera se referiría a la facultad de elección del nombre como un derecho que emana de la patria potestad, cuando se trata de personas que acaban de nacer, pudiendo ser ejercida libremente por los progenitores, siempre y cuando no se vulneren los principios limitativos<sup>12</sup>, en cuyo caso se sobreentiende que no podrán imponer un nombre que induzca a error en cuanto al sexo. Y, la segunda hipótesis, se refiere al supuesto de un cambio de nombre por una persona que se siente a sí misma como perteneciente al sexo contrario al biológico. En tal caso debemos atender a la voluntad de plasmar en el Registro Civil el nombre deseado aunque no coincida con el de su

11 En el mismo sentido, CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Algunas consideraciones respecto al derecho al nombre tras la entrada en vigor de la Ley del Registro civil 2011”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, (dir. por J. R. de VERDA Y BEAMONTE y coord. por A. CARRIÓN VIDAL y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 437-438.

12 MOISSET DE ESPANÉS, L.: “Límites a la elección del nombre”, *ADC*, núm. 7, 2002, p. 235.

inscripción registral, tal y como se recoge en la Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, siempre y cuando no resultase posible obtener el cambio de la inscripción de su sexo en el Registro Civil por no cumplir con los requisitos previstos en el art. 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, actualmente derogada.

Una vez promulgada la LRC de 2011 han seguido prohibiéndose los nombres que hacían confusa la identificación. Precisamente por ello no se admitieron, por ejemplo, los siguientes nombres: “Ilargi” porque, constando que es acrónimo de una institución cultural vasca, incurre claramente en causa de prohibición del art. 54 LRC de 1957 (aún en vigor)<sup>13</sup>; “Franklin-Stalin” porque el solicitado como segundo nombre es socialmente percibido como apellido y, por tanto, hace confusa la identificación, siendo admisible “Franklin-Alberto”, subsidiariamente elegido<sup>14</sup>; “Luis M.”, porque una inicial hace confusa la identificación de la persona<sup>15</sup>; “Michael-Knight” como nombre de varón porque hacer confusa la identificación<sup>16</sup>; “Eanur” porque no es notorio que sea nombre propio de mujer y, en combinación con el apellido extranjero “Merette”, con apariencia y estructura de nombre francés de mujer, hace confusa la identificación de la persona<sup>17</sup>; “Axl” porque aunque no es notorio que pueda inducir a error en cuanto al sexo, sí hace confusa la identificación de la persona, al ser, en castellano, un nombre impronunciable<sup>18</sup>; o “Texas” porque los topónimos son usualmente apellidos y como tales percibidos en nuestro entorno social y cultural y, no quedando acreditado que este sea también nombre propio de varón, hace confusa la identificación de la persona<sup>19</sup>.

Sin embargo, lo que ya no aparecía en la redacción originaria del art. 51 LRC de 2011 era la mención al sexo que, hasta la fecha, había hecho distinguir entre nombres para mujer y nombres para hombre. Así, hasta la entrada en vigor del art. 51 LRC de 2011, las referencias al sexo han venido siendo constantes en las resoluciones de la DGRN (o DGSJyFP con ocasión del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero) por lo que el cambio de rumbo es considerable. Por ejemplo, se admitió “Azabel” como nombre propio de fantasía apto para varón porque no era inequívocamente femenino<sup>20</sup> y “Noah” como nombre propio ambiguo apto para

13 RDGRN núm. 30/2015 de 30 enero (JUR 2015, 266772).

14 RDGRN núm. 28/2016 de 22 julio (JUR 2018, 77490).

15 RDGRN núm. 31/2016 de 29 julio (JUR 2018, 77574).

16 RDGRN núm. 26/2016 de 4 noviembre (JUR 2018, 197384).

17 RDGRN núm. 41/2017 de 31 marzo (JUR 2018, 327386).

18 RDGRN núm. 19/2018 de 25 mayo (JUR 2019, 280414).

19 RDGRN núm. 25/2017 de 7 abril (JUR 2019, 8157).

20 RDGRN núm. 117/2013 de 4 noviembre (JUR 2014, 209324).

mujer porque no era inequívocamente masculino<sup>21</sup>. Sin embargo, no se admitió “Álex” como nombre propio de mujer porque incurría en una de las prohibiciones del art. 54 LRC de 1957 al hacer confusa la identificación de la persona en tanto que inducía a error en cuanto al sexo; tampoco se admitió “Inti” para mujer porque, constando que es nombre de varón y no habiendo quedado acreditado que también designaba a personas de sexo femenino, se estimó incurso en causa de prohibición del citado artículo por hacer confusa la identificación e inducir a error en cuanto al sexo<sup>22</sup>. Lo mismo sucede con “Març” para mujer, que no se admitió porque es nombre de varón<sup>23</sup> o con Christian que tampoco se admitió como nombre apto para mujer por ser inequívocamente masculino e inducir a error en cuanto al sexo de la inscrita<sup>24</sup>. Asimismo, no se admitió “Aritza” para varón porque consta que está considerado como nombre del género femenino por la Real Academia de la Lengua Vasca<sup>25</sup>. Por otro lado, sí se admite para mujer “Dua-Adnan” por no designar el sexo masculino, siendo un vocablo apropiado por su terminación y eufonía para designar a una mujer<sup>26</sup>. De modo que solo aquellos nombres que no se identifican claramente con uno u otro sexo podrían valer en ambos casos. Así, según la resolución de 9 de junio de 2020, hay justa causa para autorizar el cambio de L. por Laian, como nombre propio apto para varón porque no es inequívocamente femenino<sup>27</sup>.

No obstante, se advierte cierto cambio a partir de la entrada en vigor del art. 51 de la Ley del Registro civil, el 30 de abril de 2021. Así, se admite “Mur” como nombre propio para mujer por no incurrir en ninguna prohibición legal, al no perjudicar a la persona, ya que no remite de una forma inequívoca e inmediata a ningún vocablo que tenga una connotación denigrante, ofensiva o inconveniente<sup>28</sup>. La última resolución DGSJyFP, es la núm. 16/2022 de 18 enero, que admitió “Mayo” como nombre propio apto para mujer porque no incurre en ninguna de las prohibiciones legales. A partir de ahí con la reforma del art. 51 LRC las Resoluciones irán por otros derroteros<sup>29</sup>.

De todo lo anterior deriva una reflexión inmediata. ¿Acaso todos los afectados por las resoluciones desestimatorias no solicitarán un cambio de nombre con ocasión de la reforma del art. 51 de la Ley del Registro Civil de 2011 por la Ley Trans?

21 RDGRN núm. 61/2015 de 13 febrero (JUR 2015, 255541).

22 RDGRN núm. 31/2016 de 25 noviembre (JUR 2018, 197240).

23 RDGRN núm. 5/2016 de 23 diciembre (JUR 2018, 158003).

24 RDGRN núm. 23/2017 de 21 julio (JUR 2019, 91502).

25 RDGRN núm. 3/2016 de 2 diciembre (JUR 2018, 157987).

26 RDGRN núm. 24/2021 de 6 de septiembre (JUR 2022, 275031).

27 RDGRN núm. 195/2020 de 9 junio (JUR 2021, 401978).

28 RDGRN núm. 57/2021 de 1 noviembre (JUR 2022, 281823).

29 JUR 2022, 300025.

### III. EL DERECHO AL NOMBRE Y EL PRINCIPIO DE SU LIBRE ELECCIÓN.

Cuando hablamos del nombre propio, al menos de entrada, habría que destacar dos sentidos, uno más amplio, que estaría integrado por el nombre propio y los apellidos y otro, más estricto, que solo se referiría al nombre propio, individual o de pila, en expresión castiza que alude al momento de su imposición en el Bautismo<sup>30</sup>.

Por su parte, el Código civil español no hace referencia al nombre, como sí hacen otros Códigos civiles, como por ejemplo ocurre en el *Codice civile* italiano, cuyo art. 6 se refiere al "Derecho al nombre". En nuestro ordenamiento jurídico es la legislación del Registro civil la que lo regula de forma pormenorizada. Así, el art. 50 de la Ley del Registro Civil de 2011 consagra el derecho al nombre, estableciendo, como ya veíamos, que "toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento".

Bien es cierto que el nombre es el medio de identificación de la persona. Se trata del instrumento identificativo por excelencia, el más rápido y eficaz<sup>31</sup>, que puede ser definido como "el instrumento de individualización e identificación de la persona más idóneo para representarla en su proyección social, "el apelativo mediante el cual se identifica a la persona y se la distingue de los demás"<sup>32</sup>, o como el "conjunto de vocablos, integrados por un apelativo individual y dos apellidos, empleados como signo estable y compendioso para la designación de las personas en la generalidad de sus relaciones jurídicas y sociales"<sup>33</sup>.

Tampoco en la Constitución española se recoge de forma expresa el derecho al nombre. Sin embargo, si acudimos al art. 10 debería entenderse incluido, puesto que en el apartado segundo de dicho artículo se establece que las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración civil de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia suscritos por España, con lo que se estaría incorporando el derecho al nombre previsto en el art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 abril 1977), previsto también en los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>34</sup>. Incluso

30 BATLLE VÁZQUEZ, M.: "El derecho al nombre", *RGLJ*, núm. 159, año LXXX, septiembre de 1931, pp. 257 y 266; SERRANO FERNÁNDEZ, M.: "Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español", *RD*, 2001, p. 687; Díez GÓMEZ, A.: "El nombre de las personas en el Derecho español", *RJNot*, núm. 7, 1993, pp. 72-76.

31 En este sentido, GARCÍA PÉREZ, C.: "Comentario a los arts. 50 y 51", cit., p. 738.

32 LACRUZ BERDEJO J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 2, José María Bosch, Barcelona, 1983, p. 58.

33 Así, LUCES GIL, F.: *Concepto, naturaleza y caracteres jurídicos del nombre civil*, Ilustre Colegios de Abogados de Oviedo, Oviedo, 1977, p. 140.

34 Según el citado art. 7: "1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus

el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 25 de abril de 1994, reconoce que el nombre forma parte de los derechos incorporados en el art. 18 CE por su conexión con el derecho a la propia imagen, a la intimidad y a la dignidad del individuo<sup>35</sup>.

De todo ello se puede deducir que el nombre es considerado por la mayoría de la doctrina como un bien de la personalidad conectado con el honor y la fama<sup>36</sup>, siendo minoritario el sector doctrinal que, sin negar importancia al nombre, le niega tal consideración. Incluso se puede hablar de un derecho, según se interpreta de forma generalizada. Es más, aun siendo la denominación “derechos de la personalidad” un término de Derecho privado, lo cierto es que todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, pero no ocurre igual al contrario, siendo más amplio el concepto derechos fundamentales. Los derechos de la personalidad están recogidos en la Constitución española entre los fundamentales, pero el derecho al nombre no aparece formulado en el mencionado texto constitucional, al menos expresamente<sup>37</sup>, si bien es cierto que este derecho tiene reconocimiento indirecto, como veíamos antes<sup>38</sup>.

Con todo, la Ley del Registro Civil ha zanjado este debate al reconocer el derecho al nombre tanto en el art. 11.a) entre los llamados “derechos de las personas”, como en el art. 50.1 al señalar con contundencia que “Toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento”. A ello hay que añadir que el nombre se caracteriza por ser un derecho absoluto –que puede ser ejercitado *erga omnes*–, indisponible, intransmisible, irrenunciable e inalienable –porque

---

padres y a ser cuidado por ellos. Y según el art. 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

35 “El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona” (RTC 1994, 117).  
También se relaciona el derecho al nombre con el art. 18.1 CE en la STC 7 octubre 2013 (RTC 2013,16).

36 BATLLE VÁZQUEZ, M.: “El derecho al nombre”, cit., pp. 266-267; ROGEL VIDE, C.: “El nombre como bien de la personalidad y los títulos nobiliarios”, *RGLJ*, octubre-diciembre, núm. 4, 2004, p. 736; DIEZ GÓMEZ, A.: “El nombre de las personas”, cit., p.74; GETE ALONSO Y CALERA, M. C.: “La rectificación del sexo en la nueva legislación española (A propósito de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI)”, *Revista de Ciencias Sociales: Facultad de Derecho*, núm. 82, 2023, pp. 17 y 44; CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Algunas consideraciones”, cit., p. 410; TRUJILLO VILLAMOR, E.: “¿El principio del fin de la identificación por sexo?”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 37, 2021, p. 148.

37 LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Los derechos de las personas en el nuevo Registro civil”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, enero-diciembre 2011, pp. 278-279, GARCÍA PÉREZ, C.: “Comentario a los arts. 50 y 51”, cit., p. 736.

38 Por todos, REDONDO GARCÍA, A. M.: “El derecho constitucional al nombre”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 7, 2005, pp. 63 y 67.

pertenece a cada uno y no puede transmitirse a nadie–, imprescriptible –se tiene durante toda la vida–, e irrenunciable.

Anudado a lo anterior podemos afirmar que la libertad de elección del nombre propio constituye una concreción del derecho fundamental a la libertad que se propugna como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1 CE. Ya la Circular de 2 de julio 1980 de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre inscripción de nombres propios en el Registro Civil<sup>39</sup>, en su punto primero resumía la doctrina de la DGRN sobre esta materia, estableciendo que “El principio general es el de la libertad de los padres para imponer al nacido el nombre que estimen conveniente y la excepción son los límites y prohibiciones contenidos en los artículos 54 de la Ley del Registro Civil y 192 del Reglamento del Registro Civil y que tiene su justificación en el respeto a la dignidad de la persona del nacido y en la necesidad de evitar confusiones en su identificación”<sup>40</sup>.

#### IV. LIMITACIONES ACTUALES.

Volviendo al estudio del art. 51 LRC de 2011, como la limitación primera y la tercera aparecían en la LRC de 1957, nos centraremos en la segunda, que ha sido modificada a propósito de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas (disposición final 11.3), como ya ha quedado señalado *supra*. Efectivamente, con esta Ley el legislador ha introducido algunas reformas puntuales, tanto en el Código civil como en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. En concreto, y por lo que se refiere a esta última, el art. 51, apartado segundo, queda redactado de la siguiente manera: 2.º No podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación. A efectos de determinar si la identificación resulta confusa no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona”.

Como no podría ser de otro modo, esa reforma guarda una estrecha relación con el propio contenido de la Ley Trans, donde el art. 44. 4, segundo párrafo, establece que en la comparecencia se deberá incluir la elección de un nuevo nombre propio, salvo en los casos en que la persona quiera conservar el nombre

39 Otro dato interesante, como recoge la Circular en su punto tercero, es que ya no se consideran “extravagantes, impropios de personas, ni subversivos los nombres que se refieran a valores recogidos por la Constitución”, a lo que añade en el punto siguiente, el cuarto, que en aras de fijar conceptos tan subjetivos, como el impropiedad y extravagancia, habrá que tener en cuenta no solo la tradición católica sino también a realidad actual de nuestra cultura, sociedad y organización política pluralistas. E incluso en el punto sexto añade que se admiten “los nombres extranjeros que no tengan equivalente onomástico usual en las lenguas españolas; los de personajes históricos, mitológicos, legendarios o artísticos, bien pertenezcan al acervo cultural universal, bien al de determinada nacionalidad o región española, los geográficos que, en sí mismos, sean apropiados para designar persona y, en fin, cualquier nombre abstracto, común o de fantasía, que no induzca a error en cuanto al sexo”.

40 Así, RODRIGUEZ CASTRO, J.: “El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro civil”, AC, núm. 17, 1988, p. 1003.



que ostente y ello se ajuste a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil. Asimismo, también guarda relación con el art. 48, referido al cambio de nombre en el Registro Civil de personas menores de edad (a partir de los doce años pueden cambiar el sexo y el nombre pero por debajo de esa edad solo pueden cambiar el nombre), al establecer que las personas trans menores de edad, hayan comenzado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, tendrán derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual<sup>41</sup>, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil".

En la actualidad, el nombre propio se elegirá libremente y solo quedará sujeto a las tres limitaciones del art 51 LRC de 2011 que, además, han de interpretarse de forma restrictiva, tal y como señala la propia Ley, si bien al tratarse de restricciones no hubiera sido necesario hacer esa concreción porque así es como ha de entenderse<sup>42</sup>. De ahí que, a tenor del citado artículo, en primer lugar, no se pueda consignar más de dos nombres simples o uno compuesto. Junto a ello, en segundo lugar, no pueden imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona<sup>43</sup>, ni los que hagan confusa la identificación, señalándose –como novedad– que, a efectos de determinar si la identificación resulta confusa, no se otorgará relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona. Sexo y género, en principio, a pesar de ser en cierta medida interdependientes, no son sinónimos. Tras la Ley Trans continúa sin definirse qué es el sexo y se mezcla con el concepto de género, con la consecuencia de que permanece en la norma el dimorfismo sexual, es decir, la ordenación de las personas en mujeres (hembras) y hombres (varones) y la división de los géneros en femenino y masculino, según los patrones marcados por la sociedad de cada momento<sup>44</sup>. Y, en tercer lugar, no podrá imponerse al nacido el nombre que

41 Según el art. 3.i) de la Ley Trans, la "identidad sexual" es definida como la "vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer". Y según la letra j) del mismo artículo, la "expresión de género" es la "manifestación que cada persona hace de su identidad sexual".

42 Así lo entiende también la Dirección General de Registros y del Notariado al señalar en la Circular de 2 de julio de 1980, sobre inscripción de nombres propios en el Registro Civil, apartado segundo, que "Tales prohibiciones, por su propia naturaleza han de ser interpretadas restrictivamente, de modo que no cabe rechazar el nombre elegido por los padres más que cuando claramente y de acuerdo con la realidad social actual aparezca que aquel nombre incide en alguna prohibición legal".

43 A este respecto se ha ido evolucionando hasta el punto de que nombres propios como "Caín" o "Lobo", han acabado por ser admitidos, lo que parece destilar cierto grado de arbitrariedad o discrecionalidad por parte de los encargados de los Registros Civiles. Así, la RDGRN núm. 1/2016 de 22 agosto (JUR 2018, 85177) modifica la doctrina anterior de la Dirección General para estimar admisible el nombre "Lobo", por no incurrir en ninguna causa de prohibición del art. 54 LRC 1957, y lo mismo ocurre con la RDGRN núm. 30/2016 de 25 noviembre (JUR 2018, 197341) que también modifica la doctrina anterior de la DGRN y estima admisible el nombre de "Caín", cuya "progresiva caída en desuso como calificativo ofensivo o denigratorio impide hoy en día seguir considerando que incurre en causa de prohibición del artículo 54 de la Ley del Registro Civil por perjudicar objetivamente a la persona".

44 Así, GETE ALONSO Y CALERA, M. C.: "La rectificación del sexo", cit., p. 22.

ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido.

Con independencia de todo ello, lo cierto es que tradicionalmente el nombre ha estado relacionado con el sexo de la persona, en el sentido de que se imponía uno u otro nombre al nacido en función de cuál fuera su sexo biológico. Efectivamente, el vocablo con el que se designaba a una persona daba cuenta de su sexo (salvo excepciones de nombres neutros)<sup>45</sup>, por lo que venía siendo suficiente conocer el nombre para saber cuál era el sexo, de donde se derivaba el empeño de las personas transexuales en que la rectificación registral también alcanzase al nombre, para dar con ello visibilidad al género<sup>46</sup>.

Sin embargo, lo anterior contrasta con el panorama jurídico actual. Tanta reivindicación desde hace años por parte del colectivo de personas transexuales en pro del reconocimiento registral de su sexo psicológico o de su género por encima de su sexo biológico y, por ende, en pro del reconocimiento y admisión de la inscripción registral de un nombre propio acorde con el sexo con el que se identifican, para ahora echar por tierra todos esos logros y defender la posibilidad de conservar un nombre que es contrario al sexo con el que se integran a pesar de haber nacido con el sexo contrario. Si bien más adelante profundizaremos sobre esta idea, queda apuntado que no desprende ni un ápice de coherencia.

Pues bien, lo que hoy se asume con absoluta normalidad ha supuesto muchos años de reivindicación por parte de las personas transexuales hasta ver reconocidos sus derechos, primero con el cambio de nombre y la rectificación del sexo en el Registro en aras de acomodarlo al sexo que sienten y, después con el reconocimiento del matrimonio. En España, el camino recorrido empieza aproximadamente en la década de los años ochenta cuando el Tribunal Supremo<sup>47</sup> admitió el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil de quien hubiera recibido tratamiento médico y se hubiera sometido a una operación quirúrgica irreversible, si bien no se le permitía contraer matrimonio<sup>48</sup>. Con todo, como el Derecho no puede evolucionar de espaldas a la sociedad, años después de los pronunciamientos del Alto Tribunal, la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado permitió en sus dos Resoluciones de 8 de enero de 2001 el matrimonio de un

45 RDGRN, núm. 26/2017 de 7 abril: Es admisible para mujer el nombre de "Ares", por ser un nombre de advocación mariana no incurso en causa de prohibición del art. 54 LRC de 1957 por el solo hecho de que tenga un homógrafo que designa a varón (JUR 2019, 8076).

46 En este sentido, GETE ALONSO Y CALERA, M. C.: "La rectificación del sexo", cit., pp. 44-45.

47 Destacan las STS de 2 julio 1987 (RJ 1987, 5045), 15 julio 1988 (RJ 1988, 5722), 3 marzo 1989 (RJ 1989, 1993) y 19 abril 1991 (RJ 1991, 2725), que se basaron principalmente en la aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) a partir de una interpretación sociológica que atendía a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC).

48 Con todo, hubo una etapa en la que la solicitud de cambio de nombre por un transexual solo se concedía una vez decretada la rectificación registral del sexo.

transexual originariamente varón con un varón<sup>49</sup>, abriendo con ello aún más el sendero hacia su reconocimiento jurídico pleno, que finalmente se logra con la Ley 3/2007, de 15 de marzo de 2007, reguladora de la mención registral relativa al sexo de las personas, donde se regula por vez primera como “síndrome de disforia sexual”. En términos legales, la disforia sexual o de género es la disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y la persistencia de esa disonancia<sup>50</sup>. Esta Ley permitió el cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre en el Registro Civil con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas, sin necesidad de sentencia judicial, bastando con un expediente gubernativo registral siempre que se cumplieran los requisitos previstos en el art. 4 de la Ley 3/2007<sup>51</sup>.

Incluso en los comienzos de esa andadura se propuso por la doctrina que el transexual pudiera pedir únicamente el cambio registral de nombre<sup>52</sup>, sin pretender que también se le rectificara la mención registral de su sexo, siempre que no estuviera operado u hormonado irreversiblemente, si bien ello sería así solo con carácter temporal, por lo que habría que fijar un determinado plazo de caducidad, que habría de constar en la correspondiente inscripción registral, transcurrido el cual, si no se ha producido el cambio de sexo y la oportuna rectificación registral, el cambio de nombre debería quedar sin efecto, ya que, en definitiva, la concesión de este último había de estar dirigida a la obtención de la necesaria consonancia entre el nombre propio y el sexo legal<sup>53</sup>, si bien ello fue resuelto por la Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018 sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.

49 RJ 2001, 2568 y RJ 2001, 2569.

Además, la Ley de 1 de julio de 2005 modificó el art. 44 CC para introducir el matrimonio homosexual, con lo que, con mayor motivo debía entenderse comprendido el matrimonio del transexual.

50 En la sentencia de 17 septiembre 2007 el Tribunal Supremo afirma que la disforia de género “se trata de un síndrome, un estado patológico que exige un tratamiento que (...) no se dirige a corregir la tendencia hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico, tratando de aproximar el soma hacia el psique, y no a la inversa” (RJ 2007, 4968).

51 En concreto, que se haya diagnosticado disforia de género y que se haya tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (salvo que por razones de edad o salud resulte desaconsejable), sin ser necesario llevar a cabo una intervención quirúrgica de reasignación de sexo, todo ello sobre la base de considerar prevalentes los factores psicosociales sobre los fenotípicos o cromosomáticos en la determinación del sexo.

52 Resulta interesante el comentario de M. ORTIZ FERNÁNDEZ a la STEDH caso S.V. c. Italia, de 11 octubre 2018 (TEDH 2018, 100), sobre el apoyo que muestra el Tribunal a reconocer que un transexual cambie de nombre estando a espera de los extensos plazos para la intervención, debido a que la indicación de un nombre masculino en sus documentos de identidad suponía un motivo de humillación, que además inculcaba el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de 4 noviembre 1950, en relación con la violación al respeto de su vida privada, *vid.* “Identidad sexual y vida privada: un paso más hacia la protección de los transexuales”, en AA.VV., *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (dir. por A. Ruda González/C. Jerez Delgado y coord. por A. Ortega Giménez), Madrid, Sepín, 2021, pp. 1-12.

53 Así, ECHEVARRÍA DE RADA, T.: “Actuales limitaciones”, *cit.*, p. 4315.

Tal previsión ya forma parte del pasado puesto que, en la actualidad, según el art. 48 de la Ley Trans, como ya ha quedado dicho en otro lugar, a las personas trans menores de edad, hayan iniciado o no el procedimiento de rectificación de la mención relativa al sexo, les corresponde el derecho a obtener la inscripción registral del cambio de nombre por razones de identidad sexual, lo cual también tendría su origen en la citada Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018. En tales casos, si bien se origina una disonancia entre el nombre y el sexo del menor, dicho desajuste estaría justificado.

## V. LA NO RELEVANCIA DE LA CORRESPONDENCIA DEL NOMBRE CON EL SEXO O LA IDENTIDAD SEXUAL DE LA PERSONA TRAS LA LEY TRANS.

Como hemos visto, en la actual Ley del Registro Civil se ha eliminado la referencia al sexo en el art. 51, lo que propicia una considerable ampliación de la libertad y autonomía de las personas a la hora de elegir un nombre. En efecto, en el contexto actual el requisito de que el nombre no haga confusa la identificación en cuanto al sexo parece que hay que considerarlo definitivamente abolido. Sea como fuere, lo cierto es que una de las consecuencias que más ha preocupado, cuál era la adaptación del nombre al sexo, no parece ahora la más relevante para el legislador español<sup>54</sup>.

Ciertamente, la Ley del Registro Civil ha eliminado de su articulado la prohibición de que el nombre induzca a error en cuanto al sexo y, sin embargo, mantiene la prohibición de elegir un nombre que haga confusa la identificación. ¿Se puede considerar confuso elegir un nombre que no es acorde con el sexo? ¿y que no sea acorde con la apariencia física? Si el nombre no se identifica ni con el sexo ni con la apariencia física, perdería todo valor identificador lo que en último término podría interpretarse como una vulneración del art. 50.I LRC, “las personas son identificadas por su nombre y apellidos”<sup>55</sup>.

En relación con esta hipótesis, un dato muy significativo es que en la práctica diaria de los Registros Civiles muchos hombres que han solicitado rectificar registralmente su sexo por el de mujer, se han valido de la nueva redacción del art. 51 para conservar su nombre masculino, aun cuando resulta confuso con el nuevo sexo (mujer) y desacorde al mismo, lo cual puede constituir “el primer indicio de su intención subrepticia y ánimo espurio” en la aplicación de la nueva Ley, y en su voluntad de alcanzar una finalidad distinta a la prevista en la misma, “encuadrable en el fraude de ley y/o abuso de derecho”<sup>56</sup>.

54 HIDALGO GARCÍA, S., *Transexualidad, sexo, género e identidad jurídica. LGTBI+ y la “Ley trans” de 2023*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 260.

55 Esas cuestiones las formula TRUJILLO VILLAMOR, E.: “¿El principio del fin”, cit., p. 148.

56 Así lo constatan expresamente GUADALUPE FORÉS, C./HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J.: “Procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo. Avances y dificultades que plantea la nueva Ley trans,

Existen aún pocos trabajos al respecto, pero la doctrina ya empieza a dejar entrever sus desavenencias con ese precepto. Algunos autores consideran que el sentido literal del art. 51 LRC es erróneo porque, en realidad, lo que el legislador persigue es dar respuesta y cobertura legal a una realidad social que se venía produciendo con anterioridad, a saber, la de aquellas personas que con arreglo a la Ley de 2007 se hallaban en proceso de transición al género opuesto pero que, por no cumplir todavía los requisitos para ello (en especial el transcurso de dos años de tratamiento) sí podían acceder al cambio de nombre por uno acorde al nuevo sexo al que se hallaban en proceso de transición<sup>57</sup>, en virtud de la Instrucción de 23 de octubre de 2018. En tal caso, se estaría ajustando la normativa registral a la realidad social de esas personas que, encontrándose en proceso de transición conforme a la legislación anterior, ahora con la nueva Ley Trans, al rectificar el sexo no necesitan elegir un nuevo nombre, acorde a su nuevo sexo registral, porque ya lo hicieron con anterioridad y, por ello, pueden conservarlo. Entenderlo de otro modo supondría que el solicitante estaría incumpliendo la previsión del art. 44.4.2 de la Ley Trans, la cual impone el deber de elegir un nuevo nombre conforme a la normativa del Registro Civil y, en tal caso, no se cumple dicho deber porque no se lleva a cabo esa elección, sino que se limita a solicitar la conservación de un nombre que, por lo señalado, no sería acorde con la normativa registral<sup>58</sup>. Efectivamente, dicho artículo está formulado en términos imperativos: “4. Recibida la solicitud se citará a la persona legitimada para que comparezca, asistida por sus representantes legales en el supuesto del art. 43.2 de esta ley. En dicha comparecencia, la persona encargada del Registro Civil recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación”. Ahora bien, lo cierto es que de llevar a término esa interpretación, el resultado sería que la aplicación del art. 51.2 LRC de 2011 sería muy residual.

Comulgamos con ese malestar que ha suscitado la abolición de la conexión entre el nombre y el sexo o la identidad sexual de la persona, porque genera inseguridad jurídica y merece ser calificado como grave e incoherente que cualquier persona pueda solicitar un cambio de sexo en la inscripción registral y al mismo tiempo conservar un nombre contrario a su nuevo sexo registral.

Una cuestión es que la rectificación de nombre y sexo se justifiquen en la voluntad de la persona trans y otra bien distinta, que admite la nueva Ley, es que, por la sola voluntad de la persona se cambie el nombre, no el sexo, lo que pueden solicitar los menores a partir de los 12 años (art. 43.4 Ley Trans) o solo este sin

---

Ley 4/2023”, *Revista de jurisprudencia Lefebvre – El Derecho*, núm. 65, 2024, p. 7.

57 GUADALUPE FORÉS, C./HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J.: “Procedimiento de rectificación registral”, cit. p. 7.

58 GUADALUPE FORÉS, C./HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. J.: “Procedimiento de rectificación registral”, cit. p. 7.

cambio de aquel<sup>59</sup>, lo que de resultas generaría una mal entendida libertad que parece olvidar que tanto el nombre como el sexo forman parte indisoluble de la propia identidad de la persona entendida en sentido en general, no solo referida al sexo o al género, sin que parezca admisible su escisión a voluntad<sup>60</sup>. De ahí que surja el temor de si, en realidad, esa previsión no estaría encerrando, aunque de forma incipiente, un potencial cambio de mayor trascendencia, consistente en terminar prescindiendo del sexo como dato legal relevante<sup>61</sup>.

Resultado de lo anterior, tanto a la hora de imponer un nombre como a la hora de cambiarlo, ello debe estar sujeto a los límites legales, entre los que ha desaparecido el de que el nombre deba acomodarse al sexo que se haya inscrito, de donde se derivaría el absurdo de que se podría imponer un nombre masculino a una mujer o al contrario, así como también que cualquier persona podría cambiar su nombre por otro adscrito del sexo contrario, simplemente probando el uso habitual del nuevo nombre<sup>62</sup> (a tenor del art. 52.I LRC de 2011) y, para los supuestos de la rectificación registral del sexo, acudiríamos a los arts. 43 y siguientes de la Ley Trans.

Según ya hemos tenido ocasión de hacer notar, se ha pasado de permitir la rectificación del cambio del nombre propio de la persona transexual en aras de ajustar su identidad sexual, a precisamente lo contrario. En la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007 se podía leer que el legislador pretendía dar respuesta a una realidad social para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio pudieran ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se correspondía con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas. Con esta Ley, el ordenamiento jurídico español se suma a los de aquellos países que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la persona transexual, adecuadamente diagnosticada, en torno a la necesidad de ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, que era contradictoria con su identidad de género, así como también a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad. A mayor abundamiento, el art. 1.1 párrafo segundo de la Ley de 1997 señalaba que la rectificación del sexo conllevaba el cambio del nombre propio, a efectos de que no resultase discordante con su sexo registral. Como se puede

59 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Una “nueva” ley “trans” para España (Luces, sombras,... y una mirada más allá del sexo)», AC, núm. 4, abril 2023, p. 10.

60 Al respecto, véase CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Una “nueva” ley “trans”, cit., p. 10.

61 Si bien parece una idea revolucionaria, es una realidad que el sexo que tradicionalmente ha sido considerado como un estado civil –esto es, como una circunstancia determinante de la capacidad de actuar y negociar–, ha dejado de serlo por influencia de gobiernos y parlamentos, así, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Una “nueva” ley “trans”, cit., p. 10.

62 Como bien señala S. DÍAZ ALABART, es de suponer que nuestro legislador no tuvo en cuenta la apertura de esta posibilidad que brinda la modificación de la Ley Trans al art. 51 LRC, así, “El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la Ley trans de 2023”, RDP, enero-febrero 2024, p. 33.

observar sin demasiados esfuerzos, hemos virado hacia un objetivo muy distinto al que parecía vislumbrarse en la Ley de 2007.

## VI. CONCLUSIÓN.

Una vez que ha quedado constatado todo lo anterior conviene poner el énfasis en que, tras la última reforma operada en el art. 51.2 LRC de 2011 a la hora de imponer un nombre las únicas limitaciones legales que hallamos son que no se consigne más de dos nombres simples o uno compuesto; que no se impongan nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni que hagan confusa la identificación, sin que a efectos de determinar si la identificación resulta confusa se otorgue relevancia a la correspondencia del nombre con el sexo o la identidad sexual de la persona; y que no se imponga al nacido el nombre que ostente uno de sus hermanos o hermanas con idénticos apellidos, a no ser que hubiera fallecido.

Llegados a este punto, proponemos una interpretación restrictiva del art. 51.2 LRC de 2011, en el sentido de que únicamente sea aplicable a las personas transexuales, y que, en ningún caso, deba aplicarse a los recién nacidos, ni tampoco a cualquiera que, sin ser transexual, decida cambiarse el nombre, porque ello no resulta lógico, ni razonable y menos aún coherente, y el Derecho no puede respaldar conductas incongruentes. Un tema es que hayamos evolucionado y que actualmente se admita casi cualquier nombre y otro bien distinto que, en esa libertad de elección del nombre propio, incluso se pueda optar en tales casos por uno del sexo contrario. ¿Acaso no sería contrario a la dignidad de la persona? ¿Qué padres en el ejercicio de su patria potestad serían capaces de poner un nombre del sexo contrario al hijo o hija que acaba de nacer? Recordemos que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad (art. 154 CC) y que la dignidad es la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad, que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de su propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes a ella misma<sup>63</sup>.

Con todo, y aun pudiendo una persona transexual rectificar su sexo registral y no con ello su nombre, tal solución nos parece muy discutible e incoherente, y al propio tiempo supone, al menos a nuestro parecer, un retroceso en la consecución de los derechos de las personas transexuales y, además, se estaría abriendo una importante brecha hacia el fraude de ley. De modo que ello generaría confusión, inseguridad jurídica e incluso una especie de argucia para quienes entemos que debe existir una conexión entre el nombre y el sexo o la identidad sexual de la persona, por lo que descartamos, insisto, esa posibilidad en todo caso para

63 MARTÍNEZ VAL, J. M.: "El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona", *RGD*, 1995, núm. 604-605, pp. 192-193.

los nacidos y para las personas que decidan cambiar su nombre sin más, y la criticamos para las personas transexuales por su inconsistencia.

Téngase en cuenta que ahora, una persona transexual, al solicitar el cambio de la mención registral de sexo puede cambiar el nombre que aparece en la inscripción registral por un nombre que sea acorde con el cambio de sexo solicitado, o bien conservar el nombre que venía ostentando, siempre que sea conforme a los principios de libre elección del nombre propio previstos en la normativa reguladora del Registro Civil (art. 44. 4 LRC de 2011), en cuyo caso no existiría correspondencia con la mención registral del sexo, lo cual nos deja un tanto desconcertados. Además, no olvidemos que a mitad de camino siempre permanece la opción de optar, o bien por nombres que valdrían para ambos sexos –como Noa, Ariel, Dani, Trinidad, Francis–, o bien cambiar, en su caso, la última vocal del nombre, por ejemplo, Antonio por Antonia en aras de evitar un cambio draconiano.

De todo lo anterior colegimos que el legislador ha pasado de permitir la rectificación del cambio del nombre propio de la persona, con el objeto de que no resulte discordante con su sexo registral, a precisamente lo contrario. Y ello es consecuencia de una decisión apresurada y poco madurada, al haber obviado las consecuencias tanto jurídicas como sociológicas que de ello se derivarán en adelante.



## BIIBLIOGRAFÍA

BATLLE VÁZQUEZ, M.: "El derecho al nombre", *RGLJ*, núm. 159, año LXXX, septiembre de 1931, pp. 257-332.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Algunas consideraciones respecto al derecho al nombre tras la entrada en vigor de la Ley del Registro civil 2011", en AA.VV., *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE y coord. por A. CARRIÓN VIDAL y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo blanch, Valencia 2022, pp. 417-441.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Una "nueva" ley "trans" para España (Luces, sombras,... y una mirada más allá del sexo)», *AC*, núm. 4, abril 2023, pp. 1-24.

DÍAZ ALABART, S.: "El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la Ley trans de 2023", *RDP*, enero-febrero 2024, pp. 3-43.

DÍEZ GÓMEZ, A.: "El nombre de las personas en el Derecho español", *RJNot*, núm. 7, 1993, pp. 69-134.

ECHAVARRÍA DE RADA, T.: "Actuales limitaciones a la imposición del nombre propio", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 58, núm. 1979, 2004, pp. 430-4319.

GARCÍA PÉREZ, C.: "Comentario a los arts. 50 y 51", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 733-780.

GETE ALONSO Y CALERA, M. C.: "La rectificación del sexo en la nueva legislación española (A propósito de Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI)", *Revista de Ciencias Sociales: Facultad de Derecho*, núm. 82, 2023, pp. 15-53.

GUADALUPE FORÉS, C./HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.J.: "Procedimiento de rectificación registral de la mención relativa al sexo. Avances y dificultades que plantea la nueva Ley trans, Ley 4/2023", *Revista de jurisprudencia Lefebvre – El Derecho*, núm. 65, 2024, pp. 1-14.

HIDALGO GARCÍA, S.: *Transexualidad, sexo, género e identidad jurídica. LGTBI+ y la "Ley trans" de 2023*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

LACRUZ BERDEJO J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A./DELGADO ECHAVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil, I*, vol. 2, José María Bosch, Barcelona, 1983.

LINARES NOCI, R.: "De nuevo sobre el nombre propio", *R.E.D.S.*, núm. 1, enero-abril 2013, pp. 85-96.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "Los derechos de las personas en el nuevo Registro civil", *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, enero-diciembre 2011, pp. 261-310.

- "Comentario al art. 11", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley del Registro Civil* (dir. por J. A. Cobacho Gómez y A. Leciñena Ibarra), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 255-280.

LUCES GIL, F.: *Concepto, naturaleza y caracteres jurídicos del nombre civil*, Ilustre Colegios de Abogados de Oviedo, Oviedo, 1977.

MOISSET DE ESPANÉS, L.: "Límites a la elección del nombre", *ADC*, núm. 7, 2002, pp. 233-240.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "Identidad sexual y vida privada: un paso más hacia la protección de los transexuales", en AA.VV.: *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (dir. por A. RUDA GONZÁLEZ y C. JEREZ DELGADO y coord. por A. ORTEGA GIMÉNEZ), Sepín, Madrid, pp. 1-12.

RAMOS HERNÁNDEZ, P.: "Comentarios a la ley trans y LGTBI: Análisis del texto normativo", *Diario La Ley*, núm. 10252, 21 marzo 2023, pp. 1-12.

REDONDO GARCÍA, A. M.: "El derecho constitucional al nombre", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 7, 2005, pp. 63-80.

RODRÍGUEZ CASTRO, J.: "El nombre civil propio de las personas físicas y el Registro civil", *AC*, núm. 17, 1988, pp. 1001-1012.

ROGEL VIDE, C.: "El nombre como bien de la personalidad y los títulos nobiliarios", *RGLJ*, octubre-diciembre, núm. 4, 2004, pp. 735-752.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: "Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español", *RDP*, 2001, pp. 687-733.

TRUJILLO VILLAMOR, E.: "¿El principio del fin de la identificación por sexo?", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 37, 2021, pp. 137-157.



LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA DE LOS MENORES  
EN EL DERECHO ESPAÑOL

*THE GUARDIANSHIP CONSTITUTION OF MINORS IN SPANISH  
LAW*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 84-103*

María del Pilar  
MESA TORRES

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Los menores de edad, por su naturaleza frágil y dependiente, demandan una atención especializada y una salvaguarda legal que proteja de manera efectiva sus derechos e intereses. La tutela, como institución jurídica, se erige como un baluarte de protección para los menores no emancipados, equiparable a la patria potestad y sustitutiva de esta, abarcando funciones esenciales como la guarda de la persona y bienes del tutelado, confiriendo al titular del cargo potestades de representación. El art. 199 CC español delimita claramente qué menores no emancipados se encuentran sometidos a tutela, estableciendo tanto la tutela automática, en casos en los que se encuentren en situación de desamparo, como la tutela ordinaria, para el supuesto de que no se encuentren sujetos a patria potestad. En este trabajo, se analiza sólo la tutela ordinaria, detallándose los supuestos generales de tutela unipersonal, donde un tutor único asume la responsabilidad de la guarda de la persona y bienes del tutelado, para finalmente abordar las excepciones que permiten la tutela compartida en circunstancias especiales, tales como aquellas relacionadas con la salud del menor o la complejidad de su patrimonio.

**PALABRAS CLAVE:** Menores de edad; tutela ordinaria; promoción de la tutela; delación de la tutela y nombramiento de tutor.

**ABSTRACT:** *Minors, due to their fragile and dependent nature, demand specialized attention and legal safeguards that effectively protect their rights and interests. Guardianship, as a legal institution, stands as a bulwark of protection for unemancipated minors, equivalent to parental authority and substitutive thereof, encompassing essential functions such as the custody of the person and assets of the ward, granting the holder of the position powers of representation. Article 199 of the Spanish Civil Code clearly delimits which unemancipated minors are subject to guardianship, establishing both automatic guardianship in cases of abandonment and ordinary guardianship for those not subject to parental authority. This paper focuses solely on ordinary guardianship, detailing the general scenarios of unilateral guardianship, where a single guardian assumes responsibility for the custody of the person and assets of the ward, before finally addressing exceptions that allow for shared guardianship in special circumstances, such as those related to the minor's health or the complexity of their estate.*

**KEY WORDS:** *Minors; ordinary guardianship; promotion of guardianship; devolution of guardianship and appointment of guardian.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CAPACIDAD PARA SER TUTOR.- III. PROMOCIÓN DE LA TUTELA.- IV. DELACIÓN DE LA TUTELA Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR.- V. EL TUTOR ÚNICO, COMO REGLA, LA PLURALIDAD DE TUTORES, COMO EXCEPCIÓN. VI. LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE TUTORES.- 1. Separación del tutor de la persona y de los bienes.- 2. Tutela ejercida por el hermano del progenitor.- 3. Tutores designados por los progenitores del menor en su testamento o en un documento público notarial.- VIII. REFLEXIONES FINALES.**

## **I. INTRODUCCIÓN.**

La tutela es una institución jurídica que se constituye con el objetivo de proteger al menor, tanto en el ámbito personal como el patrimonial, con las excepciones que establezca la ley, y será controlada judicialmente. Se trata de una protección equiparable a la que dispensa la patria potestad, y como sustitutiva de esta, la tutela cumple las mismas funciones de guarda de la persona y bienes del tutelado, confiriendo al titular del cargo potestades de representación.

Tras la reforma operada en el Código Civil español -en adelante CC- por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica -en adelante Ley 8/2021-, la tutela se encuentra regulada en el capítulo I “De la tutela”, del título IX “De la tutela y de la guarda de los menores”, del libro primero “De las personas”, en los arts. 199 a 234 CC, aplicándose de forma supletoria las normas de ejercicio de la curatela, según dispone el art. 224 CC. Así, la tutela ha quedado suprimida del ámbito de la discapacidad, quedándose reservada para los menores no emancipados en situaciones de desamparo o no sujetos a patria potestad, de conformidad con el art. 199 CC. Este precepto se limita a hacer referencia a los menores no emancipados, ya que de acuerdo con lo establecido en el art. 247 CC, la emancipación otorga al menor la capacidad para administrar sus propios asuntos personales y patrimoniales como si fuera mayor de edad, con ciertas excepciones en el campo patrimonial en las que los menores emancipados necesitan la asistencia de sus padres y, a falta de ellos, de un defensor judicial.

Antes de entrar en el fondo de este estudio, resulta imperativo exponer las dos situaciones en se constituye la tutela, previstas en el art. 199 CC.

En primer lugar, nos encontramos con la situación de los menores no emancipados que se encuentran en situación de desamparo. Ante esta eventualidad, se contempla la adopción urgente de medidas de protección. El art.

### **• María del Pilar Mesa Torres**

Doctora en Derecho por la Universidad de Córdoba con mención *cum laude* en la defensa de su tesis doctoral titulada “La gestión de los bienes y derechos de los menores no emancipados sometidos a patria potestad o tutela”. Ha consolidado una destacada trayectoria académica y profesional. En la actualidad, despliega su labor como Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Córdoba, a la par que ejerce como abogada. Correo electrónico: d02metom@uco.es.

217 CC y 18 de la 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 -LOPJM de 1996-, atribuye "por ministerio de la ley" la tutela de los menores a la entidad pública que corresponda su protección en el respectivo territorio, debiendo adoptar las medidas necesarias para guarda de los mismos. Por esta razón, se le llama también tutela automática, mientras que los restantes supuestos del art. 199 CC se denominan tutela ordinaria, en la que se centrará este estudio.

En segundo lugar, nos referimos a los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. Las circunstancias específicas que pueden llevar a la sujeción de estos menores a la tutela incluyen el desconocimiento de la filiación, por fallecimiento o declaración de fallecimiento de los padres -art. 169.1<sup>o</sup> CC-, ausencia de los progenitores o privación de la patria potestad -art. 170 CC- y exclusión de ésta -art. 111 CC-. En estas situaciones, es necesario que el menor tenga un representante legal que vele por sus intereses personales y patrimoniales. La institución tutelar se encarga de cubrir esta necesidad en los menores de edad que no están bajo la patria potestad de sus padres. Sin embargo, si uno de los padres muere y el otro ha sido privado de la patria potestad, la sujeción del menor a la tutela no será automática, ya que existe la posibilidad de que el progenitor que ha sido privado de la patria potestad pueda recuperarla si el juez considera que esto sería beneficioso para el menor. Esto se debe a que la patria potestad, por su estrecha relación con el menor, siempre es preferible a asignar la tutela a un pariente o a un extraño. Además, el legislador no excluye este criterio cuando entre las causas de extinción de la tutela -art. 231.4<sup>o</sup> CC- se refiere a la recuperación de la patria potestad.

## II. LA CAPACIDAD PARA SER TUTOR.

La capacidad que se requiere para ser tutor viene regulada en los arts. 211 y 212 CC, estableciéndose los criterios de la persona que puede llegar a ser tutor del menor. En los mencionados preceptos, se recoge que pueden ser tutores tanto las personas físicas como las personas jurídicas, públicas o privadas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficiente para el adecuado desempeño de la función tutelar, y en ellas no concurra causa de inhabilidad. Por tanto, no se fija una edad determinada, sino que se atiende a la aptitud o idoneidad para el desempeño de la función, lo que tendrá que valorar la autoridad judicial en cada caso atendiendo al beneficio del menor, y en el caso de las personas jurídicas, de conformidad con el art. 212 CC señala que "[p]odrán ser tutores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El art. 212 CC fue objeto de enmienda presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Ciudadanos -enmienda n.º 103-, que finalmente no prosperó. El art. 212 del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en

El antecedente que encontramos del art. 211 CC antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, es el art. 241 CC que exigía el cumplimiento de dos requisitos para tener la capacidad de ser tutor. En primer lugar, "...que se encuentre la persona en el pleno ejercicio de sus Derechos Civiles...", y segundo, "...que en la persona no concurren algunas de las causas de inhabilidad". Pues bien, en el Proyecto de Ley, anterior a la publicación de la Ley de discapacidad, se añadía un tercer requisito adicional en el art. 211 CC que recogía que "...a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función...". Sin embargo, se suprimió la referencia a que el tutor tenga que encontrarse en el pleno ejercicio de sus Derechos Civiles, y finalmente, en el texto aprobado se requiere para ser tutor "... que a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes"<sup>2</sup>.

El requisito de que el tutor deba encontrarse en el pleno ejercicio de sus Derechos Civiles fue suprimido durante la reforma de la Ley 8/2021, pero se ha olvidado la situación de los menores, incluidos los emancipados. Aunque ya no hay situaciones de incapacitación, aún existen personas que no se encuentran en el pleno ejercicio de sus Derechos Civiles, por lo que la restricción de que los tutores deben "estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles" todavía tiene utilidad. En consonancia con GALLEGO DOMÍNGUEZ<sup>3</sup> y ÁLVAREZ ÁLVAREZ<sup>4</sup>, la desaparición de este requisito debe rechazarse al considerarse inapropiado, ya que la tutela implica una función representativa que no puede ser realizada por un menor. Aunque la ley eliminó la categoría de los incapacitados, aún hay personas que no están en pleno ejercicio de sus Derechos Civiles, por lo que el requisito tenía utilidad. Es

---

el ejercicio de su capacidad jurídica recogía textualmente: "Podrán ser tutores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores", y la pretensión de la enmienda era la supresión a la alusión de "públicas o privada" y su sustitución por "dependientes de la administración competente para la protección y tutela de menores, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores", justificándola en el sentido de que la tutela se reserva, después de la reforma, solo para menores de edad, y no para las personas con discapacidad. En el caso de los menores de edad, su tutela legalmente siempre va a recaer en los particulares, que son personas físicas, o en la propia administración, pero nunca a entidades privadas. Puede consultarse en el *BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A*, de 18 de marzo de 2021.

- 2 Se presentaron dos enmiendas al art. 211 CC en el Congreso de los Diputados, que fueron aceptadas, por el Grupo Parlamentario Plural -enmienda n.º 291- y Grupo Parlamentario Republicano -enmienda n.º 468- consistentes en la propuesta de supresión de que puedan ser tutores las personas físicas "que se encuentren en el pleno ejercicio de sus Derechos Civiles" justificándola en base a la coherencia con los objetivos que perseguía el proyecto de ley, siendo suficiente decir que "podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su siguientes". Puede consultarse en el *BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A*, de 18 de marzo de 2021.
- 3 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "Capítulo 4. La delación de la tutela de los menores", en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA y F. LÓPEZ SIMÓ), Dykinson, Madrid, 2022, p. 222.
- 4 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: "Art. 211 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 299.



importante destacar que el art. 275 CC, exige mayoría de edad para ser curador de una persona con discapacidad, por lo que no tendría sentido que un menor emancipado o habilitado de edad pudiera ser tutor de un menor, ya que la tutela implica una función más intensa, en principio, que la desempeñada por un curador, la cual, como norma general es meramente asistencial y de acompañamiento. En este sentido, señala DE SALAS MURILLO<sup>5</sup> que “[l]a mayoría de edad en el curador es norma imperativa, no dispensable en una posible autotutela. No se alude, como en el anterior art. 241 CC a “que se encuentren en el pleno uso de sus derechos civiles”: primero, porque tal expresión resulta incompatible con los postulados de la reforma de 2021, y porque que, fuera de lo dispuesto respecto a la mayoría de edad, teóricamente -aunque parece improbable- podría ejercer el cargo alguna persona que a su vez necesitara medidas de apoyo, pues el único criterio es el de la aptitud para el desempeño de la función”.

En el momento de constituir la tutela, el juez debe considerar los requisitos establecidos en el art. 211 CC, según lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, específicamente en los arts. 45 y 46 que se ocupan de la audiencia, la fianza y la aceptación del cargo. Es crucial que se respeten las audiencias establecidas en el art. 45.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria -en adelante LJV de 2015- para tomar una decisión adecuada en la elección del tutor. En la comparecencia, se debe escuchar al promotor, a la persona propuesta para la designación, a la persona cuya tutela se pretende, a los parientes cercanos, al Ministerio Fiscal y a otras personas que se consideren apropiadas. El juez y el Ministerio Fiscal actuarán en interés del menor, respetando su voluntad, deseos y preferencias, y adoptando las medidas, informes y pruebas que consideren necesarios.

Los arts. 216 y 217 CC, establecen una relación de personas que no pueden ser tutoras por tener causas de inhabilidad, siendo sus precedentes anteriores a la reforma los arts. 243 y 246 CC. El art. 216 CC, regula las causas objetivas que imposibilitan a una persona ejercer el cargo de tutor, y el art. 217 CC, establece las causas que impiden al juez hacer su nombramiento. Consideramos que hubiese resultado más correcto el haber incluido ambas listas de causas de inhabilidad en un solo precepto, en el art. 216 CC.

Las causas de inhabilidad absoluta por las que una persona no puede ser tutor se encuentran reguladas en el art. 216 CC, según el cual “[n]o podrán ser tutores:

1º. Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda

5 DE SALAS MURILLO, S.: “Art. 275 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 739.

y protección”. Los progenitores que hayan incumplido gravemente los deberes paterno filiales derivados del ejercicio de la patria potestad, respecto a sus hijos, demuestra una falta de idoneidad para ejercer la tutela ocupándose de otros menores -art. 170 CC-.

“2°. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior». Se pretende evitar que el tutor pueda volver a incurrir en la misma causa que originó la remoción anterior”.

Junto a las mencionadas causas de inhabilidad, en el art. 217 CC se especifican otras que impiden a la autoridad judicial nombrar tutor a las personas afectadas por las mismas, puesto que se trata de supuestos en los que se presume, que las personas no desempeñarán correctamente las funciones inherentes al cargo de tutor, o alguna de ellas en particular. El precepto recoge que “[l]a autoridad judicial no podrá nombrar a las personas siguientes:

1°. A quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado”. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se encontraba en los arts. 245 y 246 CC. El art. 245 CC permitía excepciones a esta prohibición en casos justificados<sup>6</sup>, sin embargo, tras la reforma, el art. 217.1° CC no contempla dicha excepción y la autoridad judicial deberá respetar la voluntad de los progenitores expresada en testamento o documento público notarial en todo momento.

“2°. A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela”<sup>7</sup>. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se encontraba regulado en el art. 243.4 CC<sup>8</sup>.

6 El anterior art. 245 CC a la reforma operada por la Ley 8/2021 señalaba que “Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado”.

7 En cuanto a la redacción del nuevo art. 217.2 CC, se propuso la enmienda n.º 104 en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Ciudadanos que no prosperó, cuya finalidad era precisar el alcance de la prohibición del nombramiento como tutores a personas condenadas por delitos con la redacción “por un delito contra la vida, de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de trata de seres humanos, y, excepcionalmente, por otro delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela”. Puede consultarse en el *BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A*, de 18 de marzo de 2021.

8 El apartado segundo del art. 217 CC, con anterioridad a la reforma se encontraba en el art. 243.4 CC, como una causa por la que una persona no podía ejercer el cargo de tutor “[l]os condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela”. Sin embargo, al Juez se le concedía una amplia discrecionalidad para valorar el tipo de delito que impedía el desempeño correcto de la función tutelar siempre que fuera motivada la decisión, y si el Juez consideraba que no iba a perjudicar al menor, sí que podía nombrarle tutor. En la actualidad, consta en el art. 217 CC, y en ningún caso la autoridad judicial podrá nombrar tutor a quienes hayan sido condenados por cualquier delito que haga suponer que no van a desempeñar bien la tutela. Asimismo, en el art. 243.3 CC anterior a la reforma se recogía como causa que inhabilitara para el ejercicio del cargo de tutor a “[l]os condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena”, puesto que la falta de libertad supone una imposibilidad física para realizar las funciones que se desprenden del desempeño del cargo de tutor. En el caso de que se encontrase el condenado en libertad condicional, en prisión preventiva, o si hubiera habido indulto o suspensión de la

“3º. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal”. Esta causa de inhabilidad tiene todo su sentido en el caso del tutor de los bienes, pero no en el caso de tutor simplemente de la persona.

“4º. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona”. Esta causa y la anterior se encontraban recogidas en el art. 244.5 CC anterior a la reforma introducida por la Ley 8/2021.

“5ª. A quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela”. Esta causa de inhabilidad para el cargo de tutor relativa a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela tiene que darse en el momento de hacerse el nombramiento, y si surge el conflicto después se nombrará un defensor judicial para ese caso. En la anterior redacción del Código Civil, el art. 244.4 CC especificaba que los conflictos de intereses debían ser importantes y prolongados en el tiempo, puesto que, en caso contrario, lo procedente sería el nombramiento de un defensor judicial. El precepto citaba textualmente “Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración”.

El art. 244 CC, anterior a la reforma, recogía otras causas por las que no se podía ser tutor en sus apartados 1, 2 y 3, las cuales no tienen correspondencia en la regulación tras la reforma y que se referían a:

1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho, tales como aquellos que, por su avanzada edad, por sufrir enfermedad, vivir en el extranjero o haber sido declarados ausentes. La autoridad judicial excluía del cargo a quien considerase que no iba a poder ejercerlo correctamente, para evitar que el designado se excusase tras el nombramiento. Consideramos que la supresión de esta causa tras la reforma es acertada, pues en realidad se trata de una causa innecesaria, ya que, evidentemente, a quien tiene una imposibilidad absoluta y permanente, y se sabe que no va a desempeñar adecuadamente el cargo, no tiene sentido nombrarle tutor.

2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado, puesto que entendía la anterior legislación que el designado no actuaría en beneficio del tutelado. Esta causa no se regula en la legislación actual porque si se tratase de una enemistad manifiesta con el tutelado, tendría que ser pública y notoria, y por

---

condena, sí podría nombrarse tutor. Esta causa de inhabilitación no aparece expresamente tras la reforma del Código Civil, al existir imposibilidad absoluta de hecho en quien está cumpliendo una pena privativa de libertad, y por ello, el Juez nunca podrá considerarle idóneo para el ejercicio del cargo de tutor. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Los menores de edad tras la reforma del código civil en materia de discapacidad especial referencia a la tutela y la guarda de hecho”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021, p. 511.

tanto, el tutor difícilmente dispondrá de la aptitud suficiente para el adecuado desempeño de su función como recoge expresamente el art. 211 CC.

3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida. Esta causa que impide el ejercicio de la tutela debe apreciarse por el juez basándose en criterios objetivos, entendiéndose por “mala conducta” un *mínimum* ético socialmente admitido, mientras que la “manera de vivir conocida” se debe entender en el sentido de que las personas tengan ingresos económicos necesarios que garantizaran el sustento del tutelado.

Por último, tenemos que mencionar que el art. 217 CC hace una referencia expresa a la autoridad judicial, y, por tanto, los progenitores podrían designar a una persona afectada por alguna de las causas de inhabilidad que señala el precepto como posible tutor de sus hijos, en testamento o en documento público notarial -art. 201 CC-. No obstante, corresponde al juez en última instancia decidir el nombramiento del tutor atendiendo al interés superior del menor -art. 202 CC-.

El juez debe evaluar si existe alguna inhabilidad, para desempeñar el cargo de tutor, durante el proceso de nombramiento en el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Esto implica una evaluación minuciosa y exhaustiva para garantizar que el tutor designado cumpla con las condiciones necesarias para desempeñar el cargo. Sin embargo, según HUALDE SÁNCHEZ<sup>9</sup> y DE AMUNÁTEGUI<sup>10</sup>, esta rigurosidad en la previsión de las inhabilidades contrasta con el amplio poder que se le concede al juez para elegir al tutor según lo establecido en los arts. 234 y 235 CC, lo que puede resultar contradictorio.

### III. PROMOCIÓN DE LA TUTELA.

El Código Civil impone a determinados sujetos la obligación de promover la constitución de la tutela sobre toda persona menor de edad no sujeta a patria potestad; en concreto, en el art. 206 CC se recoge expresamente que “[e]starán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”. Es decir, en caso de incumplimiento de la obligación legal que se impone al final del precepto, responderían solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados al menor; en caso de ser varios los sujetos incumplidores. Aquellas personas que tienen la obligación de promover la constitución de la tutela no pueden justificar

9 HUALDE SÁNCHEZ, J.: “Art. 241 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, p. 360.

10 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Comentario al art. 241 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2234 y ss.

su falta de acción argumentando que no estaban al tanto de su responsabilidad. Esto se debe a lo establecido en el art. 6.1 CC que establece que “[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”, y porque de esa forma permitiríamos que se eximieran de responsabilidad las personas que están obligadas por el ordenamiento.

Además de esto, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela, a fin de que se dé inicio al expediente de constitución de la tutela por la autoridad judicial -arts. 207 y 208 CC- regulado en los arts. 43 a 51 *bis* LJV de 2015. No obstante, esta acción no se considera como una obligación, y desde nuestra perspectiva, consideramos que esta medida resulta insuficiente, ya que debería haberse establecido una obligación ineludible y legalmente exigible de informar a la autoridad competente.

La constitución de la tutela de menores en situación de desamparo se atribuye por ministerio de la ley a las entidades públicas aludidas en el art. 172 CC. En los demás supuestos, es preciso un acto formal de constitución, que corresponde a la autoridad judicial, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente -art. 208 CC-. Este expediente se regula en los arts. 44 y 45 LJV de 2015, que se prevé, como trámite previo, en la comparecencia el de oír al promotor de este, a la persona cuya designación se proponga, si fuera distinta al promotor; a aquel cuya tutela se pretenda constituir si fuera mayor de doce años, o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno. La información que se puede obtener a través de este trámite constituye un valioso instrumento para la autoridad judicial, a la hora de decidir quién pueda ser la persona más adecuada para el desempeño del cargo, en consonancia con el interés superior del menor que es el criterio rector en la materia.

En el mismo acto de constitución de la tutela, el juez designará para el cargo de tutor a persona o personas determinadas de conformidad con lo prevenido en el Código Civil -art. 45.3 LJV de 2015-, e igualmente, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, la autoridad judicial podrá establecer las medidas de vigilancia y control que estime adecuadas, en beneficio del tutelado -art. 210 CC-.

Por otro lado, si los progenitores hubiesen establecido en testamento o en documento público notarial, al amparo del art. 201 CC, medidas de fiscalización de la tutela, la autoridad judicial las adoptará cuando constituya la tutela, salvo que sea otro el interés de la persona afectada, como indica el art. 45.4 LJV de 2015.

#### IV. DELACIÓN DE LA TUTELA Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR.

La autoridad judicial es la encargada del nombramiento del tutor en el mismo acto de constitución de la tutela, y para seleccionar a la persona o personas que van a desempeñar el cargo, tiene que regirse por las normas que establecen los criterios que han de guiar a la autoridad judicial en este aspecto concreto, así como las condiciones de aptitud e idoneidad imprescindibles en la persona a la que se designe como tutor, fijando el Código Civil un orden de preferencia para su elección. De acuerdo con el art. 213 CC, para el nombramiento de tutor se preferirá:

1º. "A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial". Los progenitores tienen el derecho legal de nombrar a una o varias personas como tutores de sus hijos menores, a través de un testamento o documento público notarial. Además, pueden establecer órganos de fiscalización de la tutela -art. 201 CC- y elegir quiénes los integren, así como tomar cualquier otra medida relacionada con los bienes o la persona de sus hijos menores. También pueden excluir a ciertas personas del cargo de tutor -art. 217.1º CC-.

La autoridad judicial está obligada a seguir las decisiones tomadas por los padres, en un testamento o documento público notarial, al establecer la tutela, a menos que el interés superior del menor requiera algo diferente. En este caso, la autoridad judicial puede apartarse de las disposiciones mediante una resolución motivada como reconoce el -art. 202 CC-. Además, las decisiones no tendrán efecto si los padres han sido privados de la patria potestad -art. 204 CC-. Estas disposiciones hechas por los progenitores, pueden realizarse de manera conjunta en documento público notarial -no en testamento al no admitirse los testamentos mancomunados en nuestro sistema (art. 669 CC)- o individualmente. Cuando existan disposiciones individuales de los padres que fuesen compatibles, se aplicarán unas y otras conjuntamente, y en caso de no serlo, la autoridad judicial, en resolución motivada, adoptará las que considere más convenientes para el interés superior del menor -art. 203 CC-.

2º. "Al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial", no estableciéndose preferencia legal alguna entre ellos, sino que primará el beneficio del menor. No obstante, excepcionalmente, se permite la posibilidad al juez de alterar el orden de nombramiento de tutor que se ha mencionado, o incluso llegar a prescindir de todas las personas, si el interés del menor así lo exigiere -art. 213 CC, último párrafo-, y nombrar tutor a quien considere más idóneo para el cargo por sus relaciones con el tutelado -art. 214 CC<sup>11</sup>-. Al respecto, podemos

11 STS I julio 2014 (RJ 2014\4518). En su FJ 9.º, siguiendo la regulación anterior a la reforma, la cual no diferenciaba entre la tutela de menores y mayores "incapacitados judicialmente", argumenta la posibilidad

afirmar que la facultad de la que disponen los progenitores de nombrar tutor a sus hijos en testamento o documento público notarial vincula al juez de una manera relativa, puesto que éste puede prescindir de dicha designación realizada por los progenitores mediante resolución motivada, y siempre en beneficio o interés del menor. Asimismo, el art. 213 CC considera beneficioso para el menor la integración en la vida de la familia del tutor, y en el caso de que se traten de varios hermanos, se tiene que procurar que el nombramiento de tutor de todos ellos recaiga en la misma persona de conformidad con el art. 215 CC.

## V. EL TUTOR ÚNICO, COMO REGLA, LA PLURALIDAD DE TUTORES, COMO EXCEPCIÓN.

Tras la reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, esta cuestión se encuentra regulada en los arts. 218 a 221 CC. Se dispone en el art. 218 CC, anterior art. 236 CC, que la tutela como regla general será unipersonal, es decir, se ejercerá por un solo tutor<sup>12</sup>, al entenderse que es la solución más sencilla para la gestión de los intereses del menor<sup>13</sup>.

Excepcionalmente el Código Civil permite la designación de una pluralidad de tutores. En concreto, el art. 218 CC después de decir que “[l]a tutela se ejercerá por un solo tutor”, añade “salvo” tres supuestos que recoge:

“1.º Cuando, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o en su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2.º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que ejerza también la tutela el cónyuge del tutor o la persona que se halle en análoga relación de afectividad.

---

del Juez de alterar el orden de nombramiento de tutor “...el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”.

12 En el mismo sentido, aunque a modo de recomendación, el art. 215 CC declara que se procurará que el nombramiento de tutor recaiga en una misma persona para cuando hubiere que designar uno para varios hermanos.

13 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Comentario al art. 236 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 2183.

3.º Cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial más de un tutor para que ejerzan la tutela conjuntamente”.

Cabe preguntarse, pese al silencio del Código Civil, si es posible que los abuelos de una misma rama sean designados conjuntamente tutores de un nieto. El art. 218 CC, no contempla esta posibilidad, a pesar de que podría justificarse por las mismas razones que aconsejan la tutela conjunta del cónyuge del tío -art. 218.2º CC-. Por otro lado, no parece adecuado nombrar a los abuelos de ambas líneas como tutores del menor, siendo el juez el que debe decidir si la tutela corresponde a los abuelos maternos o paternos. Por lo general, la tutela es ejercida por un solo tutor y la atribución al matrimonio de ascendientes no es una excepción contemplada en el art. 218 CC. Sin embargo, esta posibilidad podría darse si los padres del menor han expresado su deseo en una disposición notarial o testamento, que en principio vinculará a la autoridad judicial. No obstante, si el interés superior del menor lo requiere, ésta puede tomar una decisión diferente en virtud del art. 201 CC en relación con el art. 202 CC. De acuerdo con ORDÁS ALONSO<sup>14</sup> y GARCÍA PÉREZ<sup>15</sup>, el caso que se está analizando guarda similitud con la excepción a la regla del tutor único prevista para los tíos del tutelado, con la diferencia de que, en la tutela de los abuelos, ambos tutores estarían unidos por lazos de sangre, mientras que en el otro caso el cónyuge del tío sería pariente por afinidad del tutelado. Dado que el art. 218.2º CC contiene una excepción a la regla general de la unidad de tutor, no podría aplicarse extensiva ni analógicamente. Sin embargo, si se considera que la derogación de la regla general es una manifestación del principio fundamental de protección del tutelado, se podría aplicar la norma a otros casos similares, siempre y cuando se busque el beneficio del menor. Por lo tanto, consideramos, al igual que los anteriores autores mencionados, que no hay razón para impedir la aplicación analógica del art. 218.2º CC, en el caso de que la tutela corresponda a los ascendientes más directos del menor después de los padres, lo que se ve reforzado por el vínculo parental y afectivo.

## VI. LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE TUTORES.

### I. Separación del tutor de la persona y de los bienes.

El art. 218.1º CC establece una excepción a la tutela unipersonal, permitiendo en ciertas situaciones especiales la posibilidad de establecer una tutela plural que se divida en dos cargos distintos: el tutor de la persona y el tutor de los bienes. Estas circunstancias especiales pueden estar relacionadas, por ejemplo, con el

14 ORDÁS ALONSO, M.: “Comentario al art. 218 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 418 y 419.

15 GARCÍA PÉREZ, R.: “La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela”, *Actualidad Civil*, núm. 4º, 1997, pp. 1107 y ss.



patrimonio del menor cuya administración exija unos especiales conocimientos o dedicación. Para establecer la división de la tutela, es necesario que la autoridad judicial observe estas circunstancias especiales, y las constatare en el auto que pone fin al procedimiento de constitución de la tutela. Estas circunstancias, como señala DÍAZ ALABART<sup>16</sup>, no necesariamente deben estar presentes tanto en la persona como en los bienes del tutelado, sino que puede ser suficiente que lo estén solamente en uno de estos campos para justificar la separación de funciones. En el supuesto de que la separación se haya dispuesto en un testamento o documento público notarial, la autoridad judicial deberá respetarla sin necesidad de justificación, a menos que el interés superior del menor lo requiera.

Cada uno de los tutores, tanto el personal como el real, tendrá independencia para actuar dentro de su área de competencia, pero cuando se trate de decisiones que afecten a ambos, deberán tomarlas de manera conjunta. No obstante, como indica ORDÁS ALONSO<sup>17</sup>, puede ser difícil determinar en qué situaciones deben actuar en conjunto. Por ejemplo, la responsabilidad de educación y manutención al tutelado corresponde directamente al tutor de la persona, mientras que el tutor de los bienes es responsable de proporcionar los recursos financieros necesarios para cumplir con estas obligaciones. Por tanto, el incumplimiento de la obligación podría ocurrir en cualquiera de las áreas mencionadas. Para solucionar esta cuestión, coincidimos con el criterio de NAVARRO MENDIZÁBAL<sup>18</sup>, que sugiere que el tutor de la persona, también debería ser el tutor de la parte del patrimonio, que se destine al cumplimiento de los objetivos de su área, y que, con relación a esa parte, tendrá las mismas responsabilidades que el tutor de los bienes, como hacer un inventario o presentar cuentas.

La complejidad del patrimonio del individuo sujeto a tutela puede ser mencionado como factor relevante en el caso de la SAP Murcia de 30 de noviembre de 2012<sup>19</sup>, la cual consideró apropiada designar a un administrador de bienes, debido a la significativa cantidad de patrimonio que poseía la persona bajo tutela. La persona nombrada para este cargo debía contar con "...los conocimientos técnicos necesarios para poder desarrollar una buena administración de dicho patrimonio, en relación tanto con el pago de los impuestos y gravámenes que puedan existir sobre los bienes que lo integran, así como para su correcta administración y la obtención de los máximos beneficios para dicho patrimonio. En tal sentido la condición de abogada en ejercicio de la actora es un dato esencial que debe

16 DÍAZ ALABART, S.: "Comentario a los arts. 236 y 238 CC" en AA.VV.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982 y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983* (dir. M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1986, p. 322.

17 ORDÁS ALONSO, M.: "Comentario al art. 218 CC", cit. pp. 418 y 419.

18 NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A.: "Comentario a los arts. 222 a 258 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (COORD. por J. RAMS ALBESA y R. M. MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000, p. 1879.

19 SAP Murcia 30 noviembre 2012 (JUR 2013\10323).

ser valorado (...)"'. Sin embargo, en el caso de la SAP Santa Cruz de Tenerife 18 junio 2004, no se consideró conveniente la separación de funciones de la tutela, dado que los bienes de la persona bajo tutela consistían en participaciones en una sociedad patrimonial familiar, y ya existían órganos de administración encargados de la sociedad, se estimó que el tutor nombrado contaba con los requisitos necesarios para administrar dichos bienes. No obstante, la persona tutora podría ser asistida por expertos o técnicos para resolver cuestiones específicas en caso de ser necesario<sup>20</sup>.

Asimismo, esta posibilidad de separación de las funciones de tutela sobre el patrimonio y la persona del menor se vislumbra por la presencia de conflictos de intereses entre ambas esferas. La SAP Islas Baleares el 7 de mayo de 2004<sup>21</sup>, resolvió como apropiado establecer una distinción entre la tutela personal y patrimonial, debido a las circunstancias contempladas en el antiguo art. 236.I CC. Se consideró insuficiente el control que podía realizar el Ministerio Fiscal y el juez en este caso, por lo que además de ellos, se nombró a un tutor con el título de censor jurado de cuentas, inscrito en el Colegio de la provincia, con al menos cinco años de experiencia como tal, y cuya titulación fuera la de economista. Este tutor fue elegido por sorteo entre los inscritos en las listas remitidas a los Juzgados para actuar como peritos, y asumió los derechos y obligaciones que el Código Civil impone a los tutores. El propósito de este nombramiento fue administrar el patrimonio del menor, y evitar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir con sus padres y hermanos.

Otra situación que sugiere esta separación es el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de mayo de 2004<sup>22</sup>, que se refiere al caso en el que se designó a dos tutoras diferentes para el menor; una para su persona y otra para sus bienes. La decisión se tomó debido a la corta edad del menor, ya que nació en septiembre de 2002 y sus padres fallecieron en octubre del mismo año, dejando una herencia considerable para el menor.

En la SAP Badajoz de 19 de febrero de 2018<sup>23</sup>, se considera adecuado separar la esfera personal de la gestión y administración de los bienes, asignando esta responsabilidad a una entidad pública. Esta medida no se debe a la complejidad del patrimonio, sino al comportamiento agresivo del tutelado en relación con su familia cuando solicita dinero, como expresa la mencionada Sentencia: "la problemática familiar se plantea sobre todo en relación con las cuestiones relacionadas con la gestión económica, pues si Everardo no consigue lo que pide se producen

20 SAP Santa Cruz de Tenerife 18 junio 2004 (JUR 2004\197790).

21 SAP Islas Baleares 7 mayo 2004 (AC 2004\865).

22 AAP Madrid 10 mayo 2004 (JUR 2004\316162).

23 SAP Badajoz 19 febrero 2018 (JUR 2018\116050). FJ. 2.º

esos episodios de agresividad con la familia, que incluso en ocasiones ha tenido que recabar el auxilio de la policía y Guardia Civil, pues según afirmaron “todas sus frustraciones las vuelca en casa”, no mostrando, fuera del ámbito familiar, ese comportamiento agresivo; también manifestaron que había algún conflicto también a la hora de controlar el tratamiento que tiene pautado, si bien el problema más grave era la agresividad y conflictividad cuando se trataba de la cuestión de dinero”.

## 2. Tutela ejercida por el hermano del progenitor.

Si se nombra a una persona como tutor de los hijos de su hermano, puede ser conveniente que su cónyuge o pareja, ya sea casado o no, también ejerza la tutela conjuntamente como se recoge en el art. 218.2<sup>o</sup> CC. Se considera que la pareja puede ejercer mejor la función de suplencia de los padres, lo que proporcionaría mayor protección y cuidado al menor. Según GARCÍA PÉREZ<sup>24</sup>, la tutela conjunta puede mejorar las relaciones afectivas y de convivencia entre los tíos y el tutelado, evitando problemas que puedan surgir si uno de los miembros de la pareja no tiene poder legal sobre el tutelado. DÍAZ ALABART<sup>25</sup> y DE AMUNÁTEGUI<sup>26</sup> sostienen que el cónyuge o pareja de hecho del tío goza de los mismos derechos que él en cuanto a la tutela se refiere. Esta afirmación se basa en el hecho de que el art. 218 CC establece que “la tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo (...)”, haciendo referencia al titular de la tutela y sugiriendo que, en todos los casos enumerados en el artículo, habrá más de un tutor involucrado. Además, la falta de parentesco entre el cónyuge del hermano del padre y el pupilo no es un argumento válido en contra de esta posición, ya que ocurre lo mismo en los casos 1<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> del mismo art. 218 CC.

## 3. Tutores designados por los progenitores del menor en su testamento o en un documento público notarial.

El art. 218.3<sup>o</sup> CC establece una excepción al principio de la tutela única, en la que el juez puede nombrar a los tutores designados por los progenitores del menor en su testamento o en un documento público notarial, para que ejerzan conjuntamente la tutela en virtud de las facultades que les otorga el art. 201 CC. Si los progenitores así lo hubieran dispuesto expresamente al realizar la designación de tutores, se les permitirá ejercer las facultades de la tutela de forma solidaria.

Por tanto, la regla general es la tutela unipersonal, existiendo supuestos en los que es preceptivo el nombramiento de varios tutores. Asimismo, el art. 215 CC,

24 GARCÍA PÉREZ, R.: “La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela”, cit., p. 1106.

25 DÍAZ ALABART, S.: “Comentario a los arts. 236 y 238 CC”, cit., p. 330.

26 DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Comentario al art. 236 CC”, cit., p. 2193.

recomienda que la tutela recaiga en la misma persona cuando hubiere que designar a un tutor para varios hermanos. Cuando hay varios tutores designados según los arts. 218 y 219 CC, su actuación dependerá del tipo de designación que se haya hecho. Si un tutor se encarga de la persona del tutelado y otro del patrimonio, actuarán de forma independiente. Si el nombramiento de tutores se ha hecho en base a la designación otorgada por los progenitores en un documento público notarial o testamento, los tutores actuarán, si así lo han dispuesto expresamente los progenitores, con carácter solidario -art. 219.I CC-. En el resto de los casos, actuarán conjuntamente y, en caso de desacuerdo, el juez podrá resolver las discrepancias y nombrar un nuevo tutor si fuera necesario. El art. 219 CC permite al juez reorganizar el funcionamiento de la tutela, en caso de que los desacuerdos entre los tutores entorpezcan gravemente su ejercicio.

Comparto la opinión de CAMPO IZQUIERDO<sup>27</sup>, al mostrarse partidario de la fijación de una tutela conjunta por la autoridad judicial, puesto que, como expone, la experiencia demuestra que, habiendo un patrimonio importante de la persona tutelada, los familiares pueden tener posiciones enfrentadas que ocasionen muchas intervenciones judiciales. Por el contrario, si el juez nombrase para ejercer el cargo de tutor a dos o más personas, de forma solidaria, se evitarían muchos conflictos familiares. Asimismo, defiende que se prevea con carácter previo en la resolución judicial, la solución a adoptar, para el caso de que existiese discordancia entre los tutores designados.

En el caso de que por razones de urgencia uno de los tutores realice un acto de forma individual, podría aplicarse lo previsto en el art. 896 CC según el cual “[e]n los casos de suma urgencia podrá uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás”. De conformidad con el mencionado precepto en sede de albaceazgo, sería posible por aplicación analógica, siempre que se trate de una situación urgente y el retraso fuese perjudicial para los intereses del tutelado. Posteriormente, tendría que dar cuenta al tutor o tutores restantes, y como expone, la responsabilidad del tutor que actúa será suya personal, puesto que actúa como si se tratara de un único tutor<sup>28</sup>.

## VII. CONCLUSIONES.

El tutor es el representante legal del menor en el ámbito personal y patrimonial, y tiene las mismas funciones de guarda que ostentan los progenitores. Las causas

27 Esta opinión doctrinal es compartida por el Magistrado de la Sección n.º 24 de la Audiencia Provincial de Madrid Ángel Luis Campo Izquierdo, basándose en su experiencia, en su artículo CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2020.

28 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: “Los menores de edad tras la reforma del código civil en materia de discapacidad especial referencia a la tutela y la guarda de hecho”, cit., p. 516.

de inhabilidad para su nombramiento se recogen en el art. 217 CC, dejando de contemplar la excepción que recogía el anterior art. 245 CC -previo a la reforma por la Ley 8/2021-, por la que se permitía el nombramiento de personas excluidas expresamente por los progenitores en testamento o documento notarial, para respetar la voluntad de estos en todo momento. Asimismo, se incluyen aquellos que hayan sido condenados por cualquier delito, que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela, los administradores que hayan sido sustituidos en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal, aquellos que sean culpables de un concurso, y los que tengan un conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

El Código Civil establece como regla general la tutela unipersonal, siendo excepcional la tutela compartida en casos específicos previstos en el art. 218 CC. La primera excepción, permite la división de la tutela en dos cargos distintos: el tutor de la persona y el tutor de los bienes. Esta división puede ser conveniente, cuando existen circunstancias especiales relacionadas con el estado de salud del tutelado, o la complejidad de su patrimonio, lo que requiere una gestión más especializada y diferenciada. La segunda excepción, se refiere a la posibilidad de que, el cónyuge o pareja del tutor designado para los hijos de su hermano, también ejerza la tutela conjuntamente. Esto se fundamenta en la idea de que la pareja del tío del menor puede ofrecer una mayor protección y cuidado al menor, y mejorar las relaciones afectivas y de convivencia entre los tíos y el tutelado. La tercera excepción, permite que los tutores designados por los progenitores del menor en su testamento, o en un documento público notarial, ejerzan conjuntamente la tutela. En estos casos, los tutores actuarán con carácter solidario, siempre que así haya sido expresamente dispuesto por los progenitores. Aunque el Código Civil no menciona explícitamente la posibilidad de designar conjuntamente a los abuelos de una misma rama como tutores de un nieto, consideramos por interpretación analógica de la segunda excepción, que esta opción podría ser válida y justificable, si se busca el beneficio del menor y se respetan los principios fundamentales de protección del tutelado.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.:

- "Art. 211 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- "Los menores de edad tras la reforma del código civil en materia de discapacidad especial referencia a la tutela y la guarda de hecho" *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 2021.

CAMPO IZQUIERDO, A. L.: "Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Civil*, núm. 9, 2020.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.:

- "Comentario al art. 236 CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- "Comentario al art. 241 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. II (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE SALAS MURILLO, S.: "Art. 275 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Aranzadi, Pamplona, 2021.

DÍAZ ALABART, S.: "Comentario a los arts. 236 y 238 CC" en AA. VV.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 5/1982, de 13 de julio de 1982 y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983* (dir. M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1986.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: "Capítulo 4. La delación de la tutela de los menores", en AA.VV.: *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA y F. LÓPEZ SIMÓ), Dykinson, Madrid, 2022.

GARCÍA PÉREZ, R.: "La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela", *Actualidad Civil*, núm. 4º, 1997.

HUALDE SÁNCHEZ, J.: "Art. 241 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1986.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A.: "Comentario a los arts. 222 a 258 CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. M. MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000.

ORDÁS ALONSO, M.: "Comentario al art. 218 CC", en AA. VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

LA PROTECCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO  
ACOMPAÑADOS EN ESPAÑA: MARCO JURÍDICO CIVIL  
COMÚN TRAS LA INVASIÓN DE UCRANIA

*THE SUBSTANTIVE PROTECTION OF UNACCOMPANIED  
FOREIGN MINORS IN SPAIN: COMMON LEGAL FRAMEWORK  
AFTER THE INVASION OF UKRAINE*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 104-141*



Luis CORPAS  
PASTOR

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 27 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** En este trabajo analizamos el marco jurídico de protección los menores extranjeros los no acompañados ("MENA"), investigando posibles cambios y desafíos tras la crisis humanitaria como consecuencia de la invasión rusa en Ucrania y el éxodo de refugiados. A pesar de ciertas exenciones temporales para menores ucranianos, el trato a los MENA refugiados en España no varía respecto al interés superior del menor en decisiones sobre su tutela.

**PALABRAS CLAVE:** Ucrania; menores extranjeros no acompañados; interés superior del menor; desamparo; tutela.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to analyze the Spanish legal framework for the protection of unaccompanied foreign minors ("MENA" for its acronym in Spanish), investigating possible changes and challenges following the humanitarian crisis as a consequence of the Russian invasion of Ukraine and the exodus of refugees. Despite certain temporary exemptions for Ukrainian minors, the treatment of MENA refugees in Spain does not vary with respect to the best interests of the minor in decisions about their legal guardianship.*

**KEY WORDS:** *Ukraine; unaccompanied foreign minors; the best interests of the child; abandonment; legal guardianship.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- 1. La protección jurídica civil de los menores en la Constitución española. El interés superior del menor y los MENAs.- 2. Breve referencia a la protección civil del menor en el ordenamiento civil español.- 3. La posición de la Unión Europea en la protección de los menores.- II. METODOLOGÍA.- III. RESULTADOS.- 1. Marco normativo interno relativo a menores extranjeros no acompañados.- 2. Perfil de los menores no acompañados en España.- 3. La protección del menor extranjero no acompañado en el ordenamiento interno.- A) *La determinación legal de la minoría de edad y su interpretación en virtud del interés superior del menor: la duda biológica frente al Derecho civil.*- B) *La situación de desamparo y la tutela ex lege.*- C) *La guarda de hecho y la guarda administrativa en situación de desamparo.*- 4. La invasión rusa de Ucrania y sus consecuencias sobre el panorama del mena.- IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN.

Actualmente, la crisis humanitaria y el éxodo de la población civil ucraniana, como consecuencia de la invasión rusa iniciada en febrero de 2022, plantea desafíos en la protección jurídica de los menores llegados a nuestro país y ello suscita a nuestro entender cierto interés jurídico<sup>1</sup>. La Comisión Europea no es ajena a este reto y considera que estos menores procedentes de Ucrania “tienen necesidades específicas de protección y, por tanto, gozan de derechos y salvaguardias adicionales”<sup>2</sup>.

La doctrina consolidada sostiene de antiguo que, al margen de su nacionalidad, los menores de edad extranjeros “son titulares de derechos que no pueden

1 Según el ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, (ACNUR), a fecha de 7 de septiembre de 2022, 7.156.748 personas habían abandonado Ucrania hacia Europa debido a la agresión militar rusa. (<https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>). A nivel local, entre marzo de 2022 y septiembre de 2023, el número de ucranianos en España con documentación de residencia en vigor casi se ha triplicado, pasando de 95.391, a finales de febrero de 2022 a 276.627 a 30 de septiembre de 2023. Fuente: OPI. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. “Ciudadanos ucranianos en España con documentación de residencia en vigor”. Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/ucranianos> (con acceso, 23 de octubre de 2023).

2 EUROPEAN UNION AGENCY FOR ASYLUM, *Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania – Herramienta práctica para tutores*, Publications Office of the European Union, Bruselas, 2023, pp. 14-16. Disponible en <https://data.europa.eu/doi/10.2847/038381> (consultado el 7 de noviembre de 2023). La protección temporal garantiza a los menores ucranianos no acompañados una “protección completa y acceso rápido” a determinados derechos, como el acceso a una representación temprana y adecuada, la localización e identificación de “los miembros de la familia del menor que puedan residir en otro lugar” para proceder a su reagrupación, así como el “acogimiento adecuado”.

### • Luis Corpas Pastor

Profesor Ayudante Derecho Civil de la Universidad de Málaga. Doctor por la Universidad de Málaga (Premio a la Mejor Tesis Doctoral de Derecho Privado del curso 2021/2022 por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada). Licenciado en Derecho (Premio Fin de Carrera de la Universidad de Málaga 2014 y Premio Nacional Fin de Educación Universitaria del Ministerio de Educación y Universidades). Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas (2020, UNED) y Licenciado en Odontología con Grado (1991, UGR); Doctor en Odontología (1995, UGR). Diversa formación de Posgrado. Experiencia profesional como Abogado, docente y empleado público estatutario-SAS. Diversas becas y estancias en el extranjero. Autor de diversas publicaciones científicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>. ResearchID: ABA-2625-2021. ScopusID: 18339384100. DialnetID: 343026. Correo electrónico: lcorpas@uma.es.

conculcarse por la legislación de extranjería<sup>3</sup>. No se trata de un tema nuevo, quizás porque la doble condición de menores de edad y extranjeros en situación irregular siempre suscita un desafío para el análisis jurídico y, en nuestra opinión, constituye uno de los aspectos más relevantes dentro del ordenamiento civil español, tradicionalmente tuitivo de las personas en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, el interés particular sobre la regulación de los menores extranjeros no acompañados<sup>4</sup>, en adelante MENA, goza de una reiterativa y constante vigencia en España, al menos desde los años noventa del siglo XX<sup>5</sup> y se encuentra al margen del razonamiento jurídico y del debate zanjado (o zanjable) sobre la prevalencia de las normas tuitivas frente a las que pugnan por su control interno de estos menores, en cuanto personas extranjeras.

Nos referimos al aumento significativo en la cifra global de menores extranjeros en nuestro país en los últimos años y con ello, la de los no acompañados<sup>6</sup>; lo que provoca que el estudio en materia de protección temporal de menores sea un tema de gran importancia y actualidad.

- 3 CABEDO MALLOL, V. J.: "La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, 2006, p. 83.
- 4 Una definición de menores no acompañados se puede extraer del ámbito subjetivo de la resolución del Consejo de la Unión Europea, de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, cuyo art. 1 se refiere a ellos como "menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos". Cfr. Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03). D.O. núm. C 221, de 19 de julio. Disponible en <https://n9.cl/2nlw3> (con acceso el 23 de abril de 2022). Por su parte, el art. 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30 de abril), lo define como "extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación".
- 5 Para un análisis detallado y actual más detallado, *vid.* CABEDO MALLOL, V. J.: "La Unión Europea y la protección de la infancia migrante, en especial la no acompañada: historia de una *déjà vu*", en AA. VV.: *Niñez, familia, migración y derechos* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTÉ Y M. L. BOBADILLA TOLEDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- 6 OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN (OPI), Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. "Menores no acompañados y jóvenes extutelados con autorización de residencia". Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/menores> (con acceso el 23 de febrero de 2023). La cifra de menores y extutelados de 16 a 23 años en España superaba las trece mil quinientas personas a fecha 30 de noviembre de 2022, pero lo más relevante es el incremento continuado que se ha venido registrando. Lamentablemente las cifras no son exactas, puesto que difieren de unas fuentes a otras, lo cual tiene trascendencia a la hora de dotar económicamente a los servicios de protección de las diferentes Comunidades Autónomas. *Vid.* ORTIZ VIDAL, M. D.: "Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del comité de los derechos del niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia", *REEI*, núm. 41, 2021, pp. 1-27. Disponible en <https://doi.org/10.17103/reei.41.17> (con acceso el 30 de abril de 2022). Según la autora, debería contarse con un sistema de registro de MENA dotado de un mayor grado de fiabilidad, pues las cifras no coinciden cuando se comparan los datos que figuran en el "Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía Nacional, su gestión a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y su coordinación a la Fiscalía General del Estado (arts. 35 LOEX y 215 RLOEX)" y las que publica la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual.

No cabe duda, como afirma SERRANO SÁNCHEZ, que nos encontramos ante “el grupo social más afectado por las cegueras cognitivas y los silencios del discurso de los derechos humanos, lo que los somete a graves causas de subdiscriminación (género, etnia, cultura, nacionalidad, etc.)”<sup>7</sup>, fáciles víctimas de la trata de seres humanos; una de las lacras de la sociedad actual<sup>8</sup>.

En este estudio se abordan algunos de estos planteamientos y las soluciones que aporta la normativa interna en la protección de los MENA.

Para ello, en primer lugar, bajo el prisma del interés superior del menor, revisamos el alcance de su protección jurídica, incluyendo la referencia europea. Posteriormente, analizaremos el marco interno incidiendo en su protección específica y la aplicación práctica de la normativa de los MENA; con un análisis final relativo a los menores ucranianos no acompañados.

## **I. La protección jurídica civil de los menores en la Constitución española. El interés superior del menor y los MENAs.**

El encaje sistemático de su art. 39 que hace la Constitución española de 1978<sup>9</sup>, en adelante CE, dentro del Capítulo III de su Título I y bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”, eleva la protección de los menores como principio rector de la política social en España. No puede ser por casualidad este encaje, que, por otra parte, carecería de interés al formar parte de nuestro ordenamiento interno los Tratados y Convenciones internacionales en las condiciones previstas en el art. 96 CE, a no ser porque, precisamente, la protección de los derechos del niño constituye uno de los principios rectores que informan todo el ordenamiento interno. Es decir, más allá de la mera entrada al Derecho interno de lo previsto en dichos acuerdos internacionales, la protección del menor constituye un principio rector con entidad propia en nuestra Constitución que informa la política social de España.

El menor de edad goza de protección jurídica en España independientemente de si es extranjero o no, independientemente de si es residente o no; e

7 SERRANO SÁNCHEZ, L.: “La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados”, *AFD*, 2021, vol. 37, p. 463.

8 ESPUNY CUGAT, R. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La atención a menores extranjeros no acompañados víctimas de trata en España desde una perspectiva comparada”, *Anales de derecho*, núm. 40, 2023, p. 132. Los autores consideran que el perfil de las víctimas de trata de seres humanos ha variado “paulatinamente”, identificándose cada vez más niños y niñas con especial desprotección; “especialmente en los casos de extranjeros que no están acompañados”. Sobre este tema, ampliamente tratado, vid. RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

9 Constitución Española de 1978. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre); en adelante CE. El art. 39.4 CE proclama que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, por lo que el interés superior del menor se enmarca ya constitucionalmente. Hay que resaltar que nuestra norma suprema no distingue de nacionalidades en modo alguno, en cuanto a menores se trata.

independientemente de si está o no documentado. Sin embargo, el marco normativo, cuando se trata de su mayor vulnerabilidad como es el caso de los MENA, alcanza una mayor intensidad mediante el criterio interpretativo de la ley basado en el interés superior del menor<sup>10</sup>. Este principio “opera como guía o criterio rector en la toma de decisiones que le afectan, tanto si se trata de decisiones adoptadas por una autoridad administrativa o judicial, como si se trata de decisiones tomadas por los representantes del menor, en aquellos casos en que este carece de madurez para adoptarlas por sí mismo”; al menos en teoría<sup>11</sup>.

El Tribunal Supremo afirma que el marco jurídico de los menores especialmente vulnerables, “menor que se encuentra en nuestro país sin familia”, como suele describirlo el Alto Tribunal (STS 16 junio 2020), exige como criterio prioritario su protección, por su especial vulnerabilidad, de acuerdo siempre con el “interés superior del niño”<sup>12</sup>. Concepto en el que hay que diferenciar dos aspectos diferentes, que son “su evaluación”, por una parte, y “su determinación”, por otra.

Se trata de dos pasos “que necesariamente deben seguirse” para su concreción: el primero, la evaluación, “consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño”<sup>13</sup>. El segundo, se corresponde con un “proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior”<sup>14</sup>. Este concepto gira en torno a uno de

---

10 De antiguo, se especulaba con la necesidad de dotar a este concepto jurídico indeterminado de mayor concreción, sobre todo en casos de menores extranjeros no acompañados. Los MENA en España son considerados inmigrantes irregulares, pero se les aplica la legislación interna de protección de menores, a diferencia de países como Portugal, Francia, Suiza, Bélgica, Holanda, Dinamarca e Irlanda, que los contemplan tradicionalmente como solicitantes de asilo. Cfr. DIEZ MORRÁS, F.J.: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR*, núm. 10 (dic), 2012, p. 97. Actualmente, se trata de un concepto bien estructurado, al albur de la acogida en nuestro derecho interno de la triple concreción contenida en la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño, como veremos más adelante.

11 SANTOS MORÓN, M. J.: “El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos”, *RJUAM*, vol. 2, núm. 38, 2018, p. 240. Vid. GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020, pp. 14-49.

12 STS 16 junio 2020 (Roj: STS 2198/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2198, Sala de lo Civil, Recurso de casación; Ponente: Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán). En su FD 3.3, afirma que “la interpretación de los textos legales debe llevarse a cabo de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 CE), que en su art. 3.2 ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

13 MARTÍNEZ GARCÍA, C., y DEL MORAL BLASCO, C.: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Madrid, 2017, 27 pp. Disponible en <https://n9.cl/lbu4z> (consultado el 24 de febrero de 2023).

14 Ídem.

los aspectos más importantes relacionados los menores acompañados, como es la determinación de la minoría de edad (STS 5 julio 2022)<sup>15</sup>.

Hay que aclarar que, para el ordenamiento, todos los menores gozan de idéntica protección. Por ello, como diversas normativas internas se refieren a estos aspectos relacionados con menores extranjeros, en primer lugar, vamos a establecer una clasificación (*de lege lata*), dentro de nuestro estudio, de la norma interna sobre el tema.

## 2. Breve referencia a la protección del menor en el ordenamiento civil español.

Diversas normativas internas que sería prolijo describir en su totalidad se refieren en nuestro país a aspectos tuitivos del menor, sobre cuya base vamos a establecer una clasificación sucinta de la protección que el ordenamiento procura para el menor<sup>16</sup>.

15 STS 5 julio 2022 (Roj: STS 2782/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2782), de la que fue ponente la Excm. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán. FD 4º y 5º. Los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad. El interés del menor requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. En este ámbito deben conciliarse, de una parte, el celo dirigido a evitar el fraude de las mafias y evitar, entre otros graves inconvenientes, el peligro que representa para los menores que están tutelados en un centro el ingreso y la convivencia con quien no lo es, con el riesgo que, de otra parte, supone tratar como mayor y dejar sin protección a quien sí es menor. Esta STS 5 julio 2022 reitera la jurisprudencia de la Sala Primera, que luego expondremos, sobre la necesaria ponderación de las razones que lleven a considerar la necesidad de recurrir al expediente de determinación de la edad de cualquier inmigrante "ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad". La doctrina de la sala fue incorporada al art. 12.4 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor (LOPJM) por el art. 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en vigor desde el 18 de agosto de 2015). Este precepto ha sido modificado por la disposición final 8.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio (en vigor desde el 25 de junio de 2021) para prohibir expresamente la práctica de algunas pruebas (desnudos integrales, exploraciones genitales) y recoger el deber de las Entidades Públicas que adopten la medida de guarda o tutela respecto de personas menores de edad que hayan llegado solas a España de comunicar la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente". Junto a lo previsto en el art. 12.4 LOPJM, acerca de considerar en todo caso menor de edad a la persona cuando no pueda ser establecida la minoría de edad, "A partir de la sentencia 307/2020, de 16 de junio, a lo anterior, la sala ha añadido: aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos ( arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial" y las dudas del Ministerio Fiscal sobre la autenticidad de tales documentos oficiales "que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer". Esto significa que los expedientes de determinación de edad instados por el Fiscal no estarán justificados (con cita de la jurisprudencia que conforma la doctrina al respecto: "La misma doctrina ha sido reiterada por las sentencias 357/2021, de 24 de mayo, 410/2021, de 18 de junio, 412/2021, de 21 de junio, 610/2021, de 20 de septiembre, y 796/2021, de 22 de noviembre". Vid. ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: "Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal. Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2021", *Revista CEF Legal*, núm. 250, 2021, pp. 73-79. La esencia de la doctrina jurisprudencial reside en que la determinación de la edad, a través de pruebas complementarias no es admisible cuando el extranjero disponga de documentación acreditativa de su minoría de edad. No podrán emplearse indiscriminadamente las técnicas médicas de determinación de la edad, especialmente si son invasivas, "ya se trate de personas documentadas como indocumentadas", debiendo ponderarse las razones por las que se considera que un documento acreditativo de la edad "no es fiable", según juicio de proporcionalidad, antes de acudir a tales técnicas.

16 ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: "Capítulo III. Sistema normativo español sobre protección de menores", en AA. VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (dir. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur

La primera norma reside en nuestra CE, como acabamos de ver, que en su art. 39, obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales (art. 39.4 CE). PIZARRO MORENO afirma sobre ella que “es la norma de enlace entre los elementos internacionales que exigen la protección de los menores y las normas de derecho interno”, las cuales no son más que, afirma, la “instrumentalización necesaria del mandato constitucional del art. 39 del CE de protección integral de los menores de edad y de la infancia”<sup>17</sup>.

En segundo lugar, con carácter sustantivo, el Código civil<sup>18</sup> se refiere a los menores de edad en múltiples artículos que sería prolijo describir en su totalidad. Destacamos la regulación contenida en el Capítulo IV del Título VII de su Libro Primero, al cual nos remitimos y cuyo texto consolidado ha sido modificado en varias ocasiones. Precisamente, una de las reformas más importantes vino de la mano de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil<sup>19</sup> y sus modificaciones posteriores<sup>20</sup>, en adelante LOPJM, la cual incide sobre aspectos sustantivos y procesales que afectan a derechos fundamentales y libertades públicas de los menores, concretando la forma en que debe entenderse el interés superior del menor, que hasta entonces era caracterizado por su indeterminación, a través de una norma con una posición jerárquica superior, en tanto que se trata de una Ley Orgánica.

---

Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 123-130. Sobre el régimen jurídico de la protección de la infancia y la adolescencia, vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 y, más recientemente, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R. A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- 17 PIZARRO MORENO, E.: *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, 2020, Editorial Reus, pp. 24 y ss. Afirma el autor que el interés superior del menor trasciende al mero derecho a que cuando se adopte una medida que concierna al menor sea tras evaluar sus mejores intereses, si se observa su dimensión como principio informador (tanto formal, que se proyecta en el legislador a través de la orientación de las normas, como también material, que alumbra la actuación de los poderes públicos en todos los ámbitos). Por otra parte, resalta su dimensión como principio general interpretativo que “implica que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor”. Vid. SERRANO SÁNCHEZ, L.: “La subdiscriminación”, cit., p. 466. Afirma la autora, algo drásticamente, que “la exclusión en España de los menores como sujetos de derechos a nivel constitucional los reduce a meros cuerpos [...] (que) son asimilados, cuando se trata de menores inmigrantes, a los adultos, primando su consideración de inmigrantes irregulares frente a su minoría de edad”. Sin embargo, veremos, esta afirmación debe matizarse a la luz de las modificaciones más recientes de nuestro ordenamiento civil interno, centrado más en el MENA como menor vulnerable, que como menor extranjero y con ciertas especialidades en relación a los menores ucranianos no acompañados.
- 18 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio), en adelante CC.
- 19 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. (BOE núm. 15, de 17 de enero).
- 20 La última, por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE núm. 134, de 5 de junio).

Así, al albur de la jurisprudencia, y de acuerdo con la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño de 2013, el concepto del “interés superior del menor” se concretó a través del art. 2 LOPJM, conformándolo desde una triple perspectiva: sustantiva, interpretativa, y procedimental<sup>21</sup>. De tal forma que dicho interés superior se define como el derecho que tiene el menor a ser escuchado en el proceso de toma de decisiones que le afecten y que se tenga en cuenta dicho interés en relación a los demás intereses que puedan tenerse en consideración en esos casos. Como criterio interpretativo, ante disposiciones en las que quepa interpretación, esta debe ser la que responda mejor a los intereses del menor y, finalmente, como norma de procedimiento de carácter restrictivo en cuanto a las limitaciones de la capacidad de obrar, que serán siempre tomando como referencia el interés superior del menor. Sin embargo, los criterios incluidos en dicho artículo para “facilitar” la determinación del interés superior del menor en casos concretos, combinan aspectos subjetivos y objetivos, sobre los que SANTOS MORÓN afirma que “para resolver el posible conflicto entre los criterios incluidos en el citado art. 2 LOPJM, ha de tenerse en cuenta: a) que la regla prevalente, según se deduce del conjunto de la regulación, es la protección del derecho a la vida del menor; b) que cuanto mayor sea el menor más relevancia ha de darse a sus deseos, opiniones y convicciones; y c) que cuando los representantes del menor adoptan decisiones relativas a sus derechos de la personalidad, por carecer el menor de suficiente madurez, es preciso respetar en la mayor medida posible sus deseos e inclinaciones”<sup>22</sup>.

El art. 9 LOPJM desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, de acuerdo con su madurez y se hace referencia a las personas con discapacidad, dando entrada a las disposiciones sobre la interdicción de discriminación por esta causa, en el ámbito familiar y en cualquier procedimiento, de acuerdo a la Convención de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada en 2008<sup>23</sup>. Su art. 10 legitima activamente a los menores para plantear quejas ante el Defensor del Pueblo y favorece su tutela judicial efectiva mediante la figura del defensor judicial y la introducción de la posibilidad de solicitar asistencia legal, además de la participación del Ministerio Fiscal en la defensa de sus derechos. El capítulo IV se introdujo para regular el

21 El Comité de los Derechos del Niño ha abordado los derechos de los menores no acompañados en numerosas Observaciones generales, que constituyen “un corpus de ineludible referencia para los Estados y las entidades de ayuda a los refugiados y a los menores no acompañados”, como afirma PÉREZ SALOM, R.: “El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 49, 2023, pp. 328-338. Disponible en <https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26205> (con acceso, 4 octubre 2023), al cual nos remitimos para un mayor detalle y comprensión de dicho corpus. Cfr. SILLERO CROVETTO, B.: “Interés superior” del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, pp. 18-20.

22 SANTOS MORÓN, M. J.: “El interés”, cit., p. 240.

23 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).



ingreso en centros de protección de menores, y el establecimiento de límites en el caso de adoptarse medidas excepcionales y extremas de seguridad y de privación de libertades o derechos fundamentales motivadas por la conducta de los menores: los arts. 25 y siguientes regulan el acogimiento residencial, el ingreso, las medidas de seguridad y contención, las medidas de aislamiento, registros personales y materiales, y el régimen disciplinario, con remisión a la de procedimiento administrativo vigente entonces, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que debe entenderse hecha a la actual Ley 35/2015 y Ley 40/2015, ambas de 1 de octubre. El art. 34 LOPJM establece el régimen de visitas y los permisos de salida. Hay que resaltar que el ingreso está limitado a aquellos casos en los que no quepa otra medida tuitiva, debe ser autorizado judicialmente, y a instancias del Ministerio Fiscal o de la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor y su finalidad consiste en promover un libre desarrollo de su personalidad, encaminado a la normalización de su conducta en un ambiente educativo. El art. 13.1 LOPJM establece que debe comunicarse a la autoridad o sus agentes más próximos cualquier “situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor” que sea detectada<sup>24</sup>.

La Ley tuitiva de menores introdujo también reformas procesales, a través de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al procedimiento para el ingreso, estableciendo como juez competente el de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública, tanto para el procedimiento de ingreso (art. 778 bis), salvo casos de urgencia, en los que se ratificará posteriormente, en la que intervendrá el Ministerio Fiscal y será escuchado el menor; como para la entrada domiciliaria (art. 778 ter.) en la ejecución forzosa de medidas de protección del menor. En concordancia, se modificó también la Ley Orgánica del Poder Judicial, las leyes orgánicas sobre derechos y libertades de los extranjeros, de 11 de enero (LOEX<sup>25</sup>), sobre las situaciones de trata de seres humanos y la Ley Orgánica 1/2004 de protección contra la Violencia de Género<sup>26</sup>, en lo relativo a mujeres menores de edad afectada como posibles víctimas de violencia de género.

24 En el caso concreto de la Comunidad autónoma de Andalucía, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor (BOJA núm. 53, de 12 de mayo), establece en su art. 18.5, que “cualquier persona o entidad y, en especial, las que por razón de su profesión o finalidad tengan noticia de la existencia de una situación de riesgo o desamparo de un menor, deberá ponerlo en conocimiento de cualquier autoridad, que inmediatamente lo comunicará a la Administración competente, Autoridad Judicial o Ministerio Fiscal”. Resultan obligados especialmente tanto los titulares de los centros sanitarios y el personal sanitario de los servicios de salud (art. 10.6), como los de los centros educativos (art. 11.5). Por su parte, en 2019, se habilitó el formulario de notificación correspondiente, a través de la Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba el formulario normalizado de la hoja de notificación de posibles situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia. (BOJA núm. 149, de 5 de agosto).

25 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm.10, de 12 de enero).

26 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre).

En 2015, se modificó el sistema de protección de menores mediante su reforma, a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio<sup>27</sup> y la Ley 26/2015, de 28 de julio<sup>28</sup>. La Ley Orgánica 8/2015 incorporó una serie de criterios generales interpretativos sobre el interés superior del menor “siguiendo una tendencia ya seguida por el Tribunal Supremo en los últimos años [fundamental es la STS de 31 de julio de 2009 (565/2009)]”<sup>29</sup>.

Por su parte, la Ley 26/2015, regula la institución de guarda de hecho, deslindándola de la guarda administrativa y de la tutela administrativa en casos de desamparo. “De modo que junto a la guarda de hecho, y dentro de las competencias asumidas por la Entidad pública encargada de la protección de menores en el respectivo territorio en los supuestos de desamparo, se contemplan la guarda provisional, la guarda voluntaria, la guarda judicial y la guarda con fines de adopción”<sup>30</sup>. En cuanto se detecte que existen “situaciones de necesidad del menor de edad no atendidas, surge la obligación de las entidades públicas de llevar a cabo la atención inmediata que precise cualquier menor, que puede articularse en un primer momento y sin que haya previa declaración de desamparo”<sup>31</sup>.

Esta reforma produjo un cambio sustancial en el CC, tratando de homogeneizar la regulación de una protección uniforme de los menores en el territorio nacional, con vocación, según su exposición de motivos, de constituir un referente para las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y muy especialmente dirigida, entre otras, a la protección de los menores extranjeros en el territorio nacional, reconociendo expresamente su derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios sociales y el derecho a obtener la documentación de residencia, una vez constatada la imposibilidad de retorno a sus países de origen o bien con su familia. Una de las peculiaridades de esta ley es que establece una jerarquía entre las posibles medidas, que se prefieren sean estables, familiares y consensuadas frente a las temporales, residenciales o impuestas, respectivamente. La Ley 26/2015 es muy importante para nuestro tema de estudio, ya que establece la presunción de minoría de edad cuando no exista seguridad en la determinación de su mayoría de edad, como luego veremos. También se introdujo un régimen jurídico aplicable a las situaciones de riesgo y desamparo (arts. 172 y ss., dentro del

27 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio).

28 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 180, de 29 de julio).

29 PIZARRO MORENO, E.: *El interés*, cit., p. 28. Cfr. SILLERO CROVETTO, B. “El interés”, cit., pp. 14-17.

30 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *ADC*, 2017, vol. 70, fasc. 4, p. 1391.

31 CAPOTE PÉREZ, L. J. y CALZADILLA MEDINA, M. A.: “Protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del Niño de 1989”, *Miscellanea Historico-Jurídica*, vol. 19, núm. 1, 2016, p. 138. Disponible en <https://doi.org/10.1.15290/mhi.2020.19.01.05> (consultado el 7 de noviembre de 2023).

Capítulo V del Título VII del Libro Primero del CC), simplificando el régimen de acogimiento familiar y, subsidiariamente, el acogimiento residencial; no sin ciertas disfuncionalidades, como señala LÓPEZ ULLA<sup>32</sup>.

### 3. La posición de la Unión Europea en la protección de los menores.

En clave europea, históricamente y en relación con los MENA, ha existido cierta indefinición del interés superior del menor, que “no es un concepto unívoco en Europa, pues se le da diferente contenido de acuerdo con el tiempo y las circunstancias políticas, sociales y jurídicas de cada Estado” y, pese a que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha ido dotando de elementos a este concepto jurídico que ha ido concretándose, como se reclamaba por la doctrina<sup>33</sup>.

Ahora, el reconocimiento mutuo y ejecución de las decisiones, el acceso a la justicia y la armonización de las legislaciones nacionales constituyen el objetivo nuclear de la cooperación judicial civil de la Unión Europea y son objeto de incesante estudio<sup>34</sup>.

Este hecho, junto con la organización de España como un Estado constitucional multinivel, en el que por mor del art. 93 CE entran en nuestro ordenamiento interno las normas de la Unión Europea, hace que diversos instrumentos de Derecho europeo formen parte del ordenamiento interno; de la misma forma que el art. 96 CE introduce ciertos tratados internacionales como norma interna, una vez ratificados y publicados. Por lo que el ordenamiento da cabida a una regulación de origen supranacional, pero de plena eficacia interna, como es sabido. Tal es el caso del Reglamento Bruselas II ter, el cual dispone que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro son competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional<sup>35</sup>.

32 Tanto el CC (art. 172), como la LOEX (art. 35) indican la asignación de un representante legal al menor desde el primer momento; pero, en la práctica “esto no sucede hasta que se declara formalmente la situación de desamparo”, denuncia el autor. Cfr. LÓPEZ ULLA, J. M.: “Razones para una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73, p. 910. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.05911> (con acceso el 24 de marzo de 2023).

33 DIEZ MORRÁS, F. J.: “Indefinición del”, cit., p. 103. Lamentaba el autor que “la legislación comunitaria y la interna de los diferentes países de la Unión Europea no han otorgado aún un contenido más o menos definitivo al concepto en el contexto de las migraciones internacionales contemporáneas, con lo que se favorece la desprotección del menor de edad extranjero no acompañado que llega a Europa”.

34 Para una visión actual y comparativa de los sistemas tutivos de menores, vid. AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), 2023, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

35 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. (DOUE L 178/2, de 2 de julio).

Mediante la Resolución 2022/C 434/02, de 5 de abril, el Parlamento Europeo solicitaba de los Estados miembros que garantizaran “que en todos los procedimientos relativos al bienestar del menor y a las disposiciones relativas a su vida futura se respeten, garanticen y apliquen plenamente los derechos del menor, y que se otorgue al interés superior de este la máxima prioridad”, a la vez que pide a la Comisión que presente “sin demora indebida” propuestas armonizadoras en los procedimientos de familia “un conjunto de directrices comunes o instrumentos no legislativos similares, que deben incluir recomendaciones y mejores prácticas a seguir por los Estados miembros para garantizar que la audiencia del menor sea realizada por un juez o un experto cualificado y que no se ejerza sobre él o ella presión alguna” y una “justicia adaptada a los menores, respetando adecuadamente la integridad emocional y física del menor, y sin demora”, en particular, pide “un marco de la UE para la protección de los derechos del menor en los litigios civiles transfronterizos” que incluya la protección del “interés superior del menor en los procedimientos familiares transfronterizos, en particular garantizando que las leyes y los procedimientos no discriminen entre los padres por razón de su nacionalidad, país de residencia o por otras causas, y absteniéndose de asumir que el interés superior del menor es permanecer en el territorio de un Estado miembro concreto”, en el que se potencie la mediación en asuntos relativos a menores<sup>36</sup>.

La Unión Europea, destino frecuente del MENA, ha tenido una posición tradicionalmente biunívoca: por un lado, los países del norte y el centro de Europa han seguido un modelo centrado en su consideración como refugiados y solicitantes de asilo, mientras que, en los países del sur, generalmente, “se les incluye dentro del colectivo de inmigrantes irregulares y se le aplica el régimen interno relativo a la protección de menores”<sup>37</sup>.

36 Resolución del Parlamento Europeo 2022/C 434/02, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del menor en los procedimientos de Derecho civil, administrativo y de familia, (DOUE, C 434/11, de 15 de noviembre).

37 VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 22, 2022, pp. 109 y ss. Disponible en <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6809104> (con acceso el 23 de octubre de 2023). Distingue el autor, por un lado, la normativa no vinculante (*Soft law*), tal como la Resolución del Consejo de la Unión europea de 26 de junio de 1997, el Dictamen del Comité de las Regiones de 2007 sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales, el Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), la Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea de 12 septiembre de 2013, o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre protección de los menores migrantes de 12 abril de 2017. Por otro lado, destaca la normativa vinculante, como las Directivas 2001/55/CE referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y los Reglamentos (pone de ejemplo, el Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismo de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; así como el Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013, por el que se

## II. METODOLOGÍA.

A través del método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación, que incluye el acceso a fuentes primarias de derecho positivo (*de lege lata*), doctrinales y jurisprudenciales, puestas en consonancia con nuestro ordenamiento interno, hemos realizado una revisión bibliográfica, así como un estudio jurisprudencial sobre la doctrina del Tribunal Supremo en lo que a los MENA se refiere. Finalmente, hemos realizado un análisis descriptivo de la situación del menor ucraniano que llega a España y del trato diferenciado, a través de la normativa general y la especial que se le brinda políticamente por España a los menores ucranianos.

## III. RESULTADOS.

### I. Marco normativo interno relativo a menores extranjeros no acompañados.

Hay que recordar en primer lugar que la configuración constitucional multinivel de nuestro país da cabida también a regulaciones autonómicas, las cuales coexisten con las normas internas comunes, cada una en el ámbito de sus competencias, junto con las también comunes disposiciones contenidas en aquellos Tratados y Convenciones internacionales, ratificados por España, que entran a formar parte de del ordenamiento, precisamente, cuando se publican en el Boletín Oficial, como es de sobra conocido.

En este sentido, y dejando al margen la legislación autonómica<sup>38</sup>, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>39</sup>, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en adelante CDN, constituye “el principal instrumento en nuestro país respecto de los menores”, en torno a la cual se orienta nuestra norma interna<sup>40</sup>. En la CDN se reconoce la dignidad como derecho intrínseco, igual e inalienable “de todos los miembros de la familia humana” establecido en la Carta de las Naciones Unidas<sup>41</sup>, y también, al reconocimiento “sin distinción alguna, por motivos de raza, color o sexo, idioma,

---

establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida).

38 N. B. Para una visión de conjunto sobre la regulación jurídica autonómica de protección de infancia y adolescencia y su adecuación a las “leyes estatales 26/2015 y 8/2015”, *vid.* SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración* y, cit., pp. 418-429.

39 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (con acceso el 22 de marzo de 2023).

40 VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica”, cit., p. 116. *Cfr.* TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 151-226.

41 Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. (BOE núm. 275, de 16 de noviembre).

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” de los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>42</sup>. Los tratados internacionales conceden especial protección a la dignidad del menor, y reconocen sin ambages sus derechos y libertades proclamados en dicha Declaración. En particular, a los menores de dieciocho años, se les debe asegurar por España que “en todas las medidas concernientes a los niños” se atenderá el interés superior del menor<sup>43</sup>. Noción que orbita sobre toda la interpretación que da el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en particular, en el caso de conflictos armados<sup>44</sup>.

En segundo lugar, la propia CE, que no deja de ser una norma interna, suprema del ordenamiento, junto con la ya mencionada LOPJM, constituye lo que se ha venido en llamar la legislación de protección de menores, la cual, respecto a las personas menores de edad extranjeras que se encuentran en España, reconoce sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, estableciendo como objetivo de los poderes públicos lograr la plena integración de estos menores en la sociedad española.

Como señala MONTESINOS PADILLA, al margen de esta protección internacional “a día de hoy los Estados europeos mantienen buena parte del control sobre la entrada, la salida y la permanencia de personas en su territorio, reservándose con ello un derecho de expulsión sobre quienes no poseen su nacionalidad”<sup>45</sup>. Por ejemplo en España, donde las normas tuitivas de la infancia coexisten con una completa regulación de extranjería a través de la Ley Orgánica de extranjería, LOEX,<sup>46</sup> y su Reglamento; recientemente reformado<sup>47</sup>. Este marco jurídico

42 ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> (con acceso el 24 de marzo de 2023).

43 Pero la Observación General número 14 del Comité de los Derechos del Niño aclara no solo la obligación de los Estados de “evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que le conciernen” como afirma en su párrafo 23, sino su concepción como “consideración primordial” en la adopción de todas las medidas de aplicación, imponiendo “a los Estados una obligación jurídica (párrafo 37)”. Al tratarse de una consideración “primordial”, esto significa que “el interés superior del niño no debe estar al mismo nivel que otras consideraciones” porque al contrario que los adultos, los niños tienen menos posibilidades de defender sus propios intereses. Vid. SILLERO CROVETTO, B.: “Interés superior” cit., p. 17.

44 N.B. De la interpretación conjunta de las Observaciones Generales núm. 13, de 18 de abril de 2011 y núm. 14, de 29 de mayo de 2013, de dicho Comité de la ONU, de los derechos del niño, se extrae que el interés superior del menor debe ser una consideración primordial en todo caso, y en especial ante “conflictos armados” (como lo es la actual invasión de Ucrania por parte de Rusia).

45 MONTESINOS PADILLA, C.: “La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021, pp. 232.

46 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 10, de 12 de enero).

47 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30 de abril), modificado por sendos Reales Decretos, primero por el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. (BOE núm. 251, de 20

interno, en el caso de menores extranjeros en desamparo, como en el caso de los MENA, puede originar conflictos porque la regulación del extranjero menor de edad tiene varias soluciones, dependiendo del aspecto en el que pongamos énfasis (extranjería o minoría de edad). La resolución de estos conflictos de leyes se resuelve hoy en la forma indicada por nuestro Tribunal Supremo; es decir, primando el interés superior del menor sobre cualquier otra consideración, al albur del mandato constitucional del art. 10.2 CE, (es decir, “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”)<sup>48</sup>. En cuanto a estos tratados, hay que tener muy en cuenta, de nuevo, la CDN y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el BOE<sup>49</sup>, que, en su art. 3.1 especifica “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y que, como hemos visto, forma parte de nuestro derecho interno. Es de destacar que para paliar en parte la posible descoordinación entre administraciones e instituciones comprometidas en las actuaciones con menores extranjeros no acompañados, desde 2014 existe un Protocolo marco de aplicación en casos de menores extranjeros no acompañados; sobre el cual orbita cierta polémica<sup>50</sup>.

---

de octubre), y, seguidamente, por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. (BOE núm. 179, de 27 de julio). Vid. VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica”, cit., pp. 118-119. Afirma el autor que la regulación de los MENA (arts. 189-198), abarca su “definición, la determinación de la edad, la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas, el inicio del procedimiento de repatriación, las alegaciones y determinación del periodo de prueba, el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento, la ejecución de la repatriación, la residencia del menor, el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia”.

- 48 SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2021, pp. 269-270. La autora, sobre el interés superior del menor como principio informador del ordenamiento jurídico, afirma que debe observarse “en su triple virtualidad, como norma sustantiva, procesal y principio interpretativo, y proceder a la documentación del MENA desde que se asume la guarda provisional del menor por la entidad pública autonómica correspondiente”.
- 49 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- 50 Vid. Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. (BOE núm. 251, de 16 de octubre). Se especifica que la determinación de edad realizada a instancias del Ministerio Fiscal, en desarrollo de lo previsto en el art. 35.3 LOEX tendrá carácter de provisionalidad, estando a lo que se determine judicialmente. Por otra parte, vid. VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica”, cit., p. 19, quien afirma que “según el propio protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado, lo que podría contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (STS 24 septiembre 2014 y STS 23 septiembre 2014) “en las que se prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España”. Cfr. STS 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818) y STS 24 septiembre 2014 (Roj: STS 3817/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3817). Cfr. PRADO MANRIQUE, B. V.: “La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle”, *InDret*, núm. 4, 2022, 18 pp. Disponible en <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i4.05> (con acceso el 24 de marzo de 2023), quien recalca la importancia de la coordinación no solo interna (elaboración e implementación de las intervenciones o políticas públicas desarrolladas e implementadas por las distintas entidades

## 2. Perfil de los menores no acompañados en España.

Hasta ahora, el perfil tradicional de los MENA que acceden a España se ha venido correspondiendo mayoritariamente con niños, niñas y adolescentes, menores de 18 años y de origen extranjero, fundamentalmente provenientes de Marruecos y Argelia por motivos de proximidad geográfica, que llegan a España sin el cuidado o acompañamiento de ningún adulto<sup>51</sup>, respondiendo a un perfil “adolescente, varón, marroquí o argelino, entre 14 y 17 años, que viene a nuestro país para escapar de situaciones de gran penuria económica y encontrar oportunidades de desarrollo, en ocasiones, de forma voluntaria, y otras veces movido por su familia”<sup>52</sup>.

Hay que señalar que en España se han observado “importantes diferencias en el modelo de actuación de cada región”<sup>53</sup> ante la llegada del MENA, lo que suscita una indeseable incertidumbre sobre la seguridad jurídica en la protección de estos menores.

En estos casos, la normativa de protección de menores queda desplazada, en gran parte, por la de extranjería, en concreto por la LOEX. Si bien esta ley contiene una salvaguarda indirecta del derecho del menor, en la delimitación de su ámbito, cuando dice que “lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los tratados internacionales

---

gubernamentales, sino “externa”, destinada a “coordinar la acción de los particulares en la sociedad y mecanismos de coordinación entre los distintos poderes públicos”.

- 51 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *Informe 02|2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Consejo Económico y Social España, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2019, pp. 64-65. Se afirma en el estudio que a tenor de “la última Memoria de la Fiscalía General del Estado publicada en 2018, en 2017 se habían localizado 2.345 MENA, una cifra cuatro veces superior a la del año anterior. En su gran mayoría (97 por 100) pertenecen al sexo masculino y proceden de Marruecos (56,3 por 100), Argelia (20 por 100), Costa de Marfil (7,5 por 100) y Gambia (2,9 por 100). También se produjo en 2017 un nuevo aumento importante (17,6 por 100) del número de bebés o niños de corta edad llegados en pateras acompañados de adultos que afirmaban ser sus padres, en su mayoría. Según la Fiscalía, es imposible saber cuántos otros MENA han entrado en España a través de las fronteras de Ceuta, Melilla o Algeciras de manera oculta o clandestina”.
- 52 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España”, *Rev Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 321-362.
- 53 BRAVO, A., y SANTOS-GONZÁLEZ, I.: “Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención”, *Psychosocial Intervention*, vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 56-58. La principal diferencia en cuanto a la atención a los MENA en España, atendiendo a la Comunidad Autónoma donde se encuentren inicialmente estriba en la duración de la fase de “investigación-evaluación” del menor por parte de las autoridades administrativas y, en estos casos, sobre todo, en procedimientos distintos de determinación de la edad y en cuanto a la mayor o menor celeridad en la adopción de la medida de tutela. Estas diferencias dieron lugar a la elaboración de un documento de consenso para armonizar tales actuaciones de determinación de edad. Cfr. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M., BAÑÓN GONZÁLEZ, R., PUJOL ROBINAT, A., AGUADO BUSTOS, F. F., LANDA TABUYO, M. I., PRIETO CARRETERO, J. L., y SERRULLA RECH, F.: “Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, núm. 1, 2011, pp. 22-29. Tal documento de consenso tuvo eco en la Administración, y pasó a ser en el año 2014 “un documento de referencia técnica para el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA elaborado por el Ministerio de la Presidencia”. Vid. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: “Situación actual de la estimación forense de la edad en menores extranjeros no acompañados en España”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, núm. 4, 2019, pp. 133-135.



de los que España sea parte”, a tenor de su art. 1.2, parece ser que esta previsión a veces resulta ser de límites imprecisos: una y otra vez los Tribunales deben moderar las decisiones de la Administración del Estado, en la asunción de la tutela o guarda del menor, que, además está obligada a tener en cuenta dicho interés superior y su derecho a ser escuchado en el procedimiento de repatriación, pues claramente afecta a su esfera personal<sup>54</sup>. Sea como fuere, siempre impera el interés superior del menor, por su posición como principio rector del ordenamiento. Desiderátum que a veces no pasa de ser un tópico<sup>55</sup>.

### 3. La protección del menor extranjero no acompañado en el ordenamiento interno.

Una vez establecido el marco legal interno de la protección del menor, desde el punto de vista del Derecho civil, nos preocupan los siguientes aspectos: en primer lugar, la protección de los menores no acompañados en el ordenamiento interno español, en conflicto con la legislación de extranjería y su solución, atendiendo al interés superior del menor; en los casos de menores desplazados a consecuencia del conflicto bélico entre Rusia y Ucrania.

Nos proponemos estudiar las siguientes instituciones de derecho civil en relación a los MENA en España: la determinación legal de la minoría de edad (y su interpretación en virtud del interés superior del menor), la situación de desamparo atribuible por definición en estos casos, las medidas tuitivas concretas de protección del menor correspondientes y si existe algún contraste de la situación de los MENA ucranianos con respecto al panorama general en España.

*A) La determinación legal de la minoría de edad y su interpretación en virtud del interés superior del menor: la duda biológica frente al Derecho civil.*

En casos evidentes, no resulta difícil determinar la minoría de edad (bebés y menores de 12 años, por ejemplo). Sin embargo, hay un gran número de adolescentes en los que es crucial determinar con certeza su minoría de edad, ya que de lo contrario, el art. 57 de la LOEX prevé que el extranjero que se encuentre

54 ARCE JIMÉNEZ, E.: “El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación”, *CEFD*, núm. 38, 2018, p. 30. Sobre este particular, *vid.* RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten”, en *AAVV: Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coord. por CABEDO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.132-158.

55 GARCÍA RUBIO, M. P.: “¿Qué es”, pp. 14-49. Esta autora, tras explicar magistralmente el origen del concepto y el desarrollo de su incorporación a nuestro ordenamiento “a partir de su triple dimensión”, según el Comité de los derechos del niño, destaca en un brillante estudio la utilidad del “principio del interés superior del menor” en el derecho español, pero sin entrar a valorarlo en relación con los menores extranjeros no acompañados. Lo hace desde una perspectiva actual y realista (afirma que su análisis incide en “para qué está sirviendo en realidad y no para qué debería servir o cómo debería ser utilizado”), llegando hasta el análisis profundo de su aplicación práctica por los tribunales para concluir que “el mantra del ‘interés de menor’ se viene utilizando ‘a la carta’, con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione)”.

“irregularmente en territorio español” está cometiendo una falta grave, a tenor del apartado a) del art. 53.I de dicho cuerpo legal, cuya consecuencia jurídica sancionadora puede ser su expulsión del territorio nacional, previa elaboración de un informe sobre sus circunstancias familiares y personales; a tenor de los apartados 2 y 3 del art. 191 del Reglamento de extranjería<sup>56</sup>.

El problema radica en estos casos en las garantías<sup>57</sup> que deben observarse durante la tramitación de dicho expediente en tales casos dudosos. Es decir, en aquellos casos en los que bien el extranjero se encuentre indocumentado y aparente una mayor edad o bien, se tengan dudas de la autenticidad de la documentación que eventualmente porte el adolescente, donde conste su minoría de edad.

Esta situación es particularmente importante en los MENA que no conste su edad, resultando primordial el expediente de su determinación, que corresponde al Ministerio Fiscal<sup>58</sup>. Así, la incoación de dicho expediente, según lo determinado en el art. 190 del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería, a instancias de aquel, procurará –tras un análisis radiológico del carpo, o de la clavícula; o bien en base a un análisis dental mediante ortopantomografía– el establecimiento de un rango de edad probable del sujeto en cuestión<sup>59</sup>.

56 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit., p. 340. “El informe sobre las circunstancias familiares del menor debe ser solicitado a la representación diplomática del país de origen del menor. [...] también a la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda que debe facilitar cualquier información que tenga sobre la situación del menor”. Cfr. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30 de abril). De la lectura conjunta de ambos apartados, se extrae que son dos los informes que deben solicitarse: uno, sobre las circunstancias familiares (número 3), que recabará de la representación diplomática del país de origen del menor, la Delegación o Subdelegación del Gobierno, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras; o bien a través de la Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios, caso de faltar esta. El segundo informe, con independencia del anterior, se requerirá a “la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda” “a la Administración autonómica del territorio en el que el menor tenga su domicilio, así como a aquélla donde está ubicada la entidad que tenga atribuida la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda”.

57 N. B. Una de esas garantías es precisamente la necesidad de nombrar un defensor que esté libre de conflicto de intereses frente a la Administración. Algunos autores plantean que en España, “los niños, niñas y adolescentes no acompañados, se enfrentan a un conflicto normativo al momento de arribar al país, donde su derecho a ser oído, y, por consiguiente, su derecho de participación, se ve mermado por la discrecionalidad administrativa que puede emplear el Estado, al coexistir normas de carácter migratorio con normas que protegen los derechos de los niños, que permiten no considerar el interés superior de estos niños en las decisiones administrativas y/o judiciales que les afecten”, proponiendo un efectivo “derecho de participación” de los afectados. Cfr. INOSTROZA RETAMALES, C. A.: “El derecho de participación de niños, niñas y adolescentes no acompañados”, *IUS*, vol. 17, núm. 52, 2023, pp. 27-46.

58 Cfr. UNIDAD DE EXTRANJERÍA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Nota interna núm. 2/2018, sobre seguimiento de los expedientes de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad*, p. 3. Disponible en <https://n9.cl/eam44> (con acceso el 24 de marzo de 2023). Incide en la motivación del decreto del fiscal “hasta el punto que cualquier lector comprenda el hilo argumental que ha llevado al fiscal a formular su decreto, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad”. Aclara que se trata de “una presunción *iuris tantum* reforzada” solo vencible cuando concurra además del anterior requisito, la eliminación de “cualquier duda razonable. Esto es, que se haya probado la mayoría de edad tras la valoración racional, lógica y conforme a los dictados de la ciencia y máximas de experiencia, de todos los elementos probatorios existentes”.

59 Cfr. Vid. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: “Situación actual”, cit., pp. 133-135.

Esto sucede porque la biología, al contrario que las matemáticas o la física, es una ciencia que carece de exactitud en sus resultados, precisamente por el componente aleatorio que le es propio. Esto determina que cuando un científico se aproxima a las ciencias de la salud, con el propósito de obtener algún resultado cierto, nunca obtiene una certeza absoluta: siempre habrá un rango mayor o menor de certeza en la que siempre cabrá alguna probabilidad de error.

Entonces, el expediente de determinación de la edad, llevado a cabo por el Ministerio Fiscal, termina con un decreto de este, a través del cual, se declara la mayor o menor edad del extranjero. Sobre dicho expediente, CASTRILLO SANTAMARÍA alude a la Observación General número 6 del Comité de Derechos del Niño de 2005, según la cual la determinación de la edad, precisamente, es “la primera medida a adoptar para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia”<sup>60</sup>.

Efectivamente, el art. 35.3 de la Ley de extranjería<sup>61</sup> establece en los casos en que se localice a un extranjero o indocumentado “cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad” mediante las pruebas médicas correspondientes<sup>62</sup>.

Sin embargo, como señala FLORES GONZÁLEZ, la interpretación “correcta” de los arts. 35.3 Ley de extranjería de 2000 y 190.1 de su Reglamento, cuando las dudas sobre la edad provengan de meras “sospechas sobre la autenticidad de los documentos que porta el menor, éstas deberán dilucidarse en un procedimiento judicial con todas las garantías”<sup>63</sup> y como afirma CASTRILLO SANTAMARÍA, en ciertos casos el Fiscal ha declarado la mayoría de edad del interesado, “sin posibilidad alguna por parte del menor de formular oposición, mediante un decreto no susceptible, al menos por falta de previsión legal, de impugnación directa en la

60 CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad”, en AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023, pp. 273-294. Sin embargo, en nuestra opinión, simultáneamente, debería poder contar el posible menor con una figura como la descrita en el apartado 33 de dicha Observación General número 6: fuera de su país de origen, “[...] tan pronto se determine la condición de niño no acompañado o separado de su familia, se nombrará un tutor o asesor...”, porque la persona no acompañada, de cuya determinación de edad depende su consideración o no como MENA, debe contar inmediatamente con asesoramiento libre de conflicto de intereses con la Administración que se tenga que encargar de él. Vid. FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit., pp. 357-358.

61 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 10, de 12 de enero).

62 Vid. GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: “Situación actual”, cit., pp. 24-27.

63 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit., p. 337. Cfr. CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros”, cit., pp. 285-292.

vía jurisdiccional”<sup>64</sup>, siendo múltiples las denuncias que recoge la institución del Defensor del Pueblo, acerca de irregularidades acerca de la documentación de los MENAs<sup>65</sup>. Sin embargo, sí que es posible la impugnación procesal civil del procedimiento de determinación de edad que culmina con dicho decreto del Fiscal, a través de un proceso declarativo ordinario, en caso de vulneración de garantías o derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente<sup>66</sup>, tanto en el propio decreto del Ministerio Fiscal, como derivada de la tramitación del expediente con el que concluye, por mor del art. 249.I. 2º LEC.

Hay que señalar que, ante una fundada vulneración de derechos fundamentales, podría incluso presentarse un posterior recurso de amparo constitucional, caso de ser desestimado el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de segunda instancia desestimatoria de la pretensión declarativa de la menor edad, dictada en el eventual recurso de apelación interpuesto a tenor del art. 477.2 LEC. Es decir, agotada la protección ordinaria con el recurso de casación, todavía es posible actuar en la protección de supuestas vulneraciones de garantías y derechos fundamentales, a través del recurso de amparo ante el TC, pero para ello hay que agotar previamente todos los recursos jurisdiccionales posibles.

COBAS COBIELLA recogía hace años la doctrina jurisprudencial del TS sobre la indiscriminada determinación de edad del MENA. El Alto Tribunal sostiene que “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad, no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad”<sup>67</sup>, doctrina extraída de las SSTs 23 y 24 septiembre 2014<sup>68</sup>, que se ha incorporado a las previsiones del art. 12.4 de la LOPJM, como hemos explicado y está presente en prácticamente toda la jurisprudencia reciente de la Sala de lo Civil (STS 20 marzo 2022, STS 21 marzo 2022, STS 27 abril 2022,

64 CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros”, cit., pp. 273-274.

65 FLORES LÓPEZ, B.: “La protección”, cit., pp. 346-347.

66 ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: “Menores no”, cit., p. 73.

67 COBAS COBIELLA, M. E.: “Menores y extranjería: situaciones de regularización”, *Rev. boliv. de derecho*, núm. 20, 2015, pp. 115-117. Concretamente, son objeto de reseña la STS 23 septiembre 2014 (RJ 2014, 4839; ECLI:ES:TS:2014:3818, TS. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) y la STS 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 4689; ROJ: ECLI:ES:TS:2014:3817, TS. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana). Vid. ASENSIO VELASCO, M.: “Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados”, *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 38, 2018, pp. 163-172.

68 STS 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818; Id Cendoj: 28079119912014100014) y STS 24 septiembre 2014 (Roj: STS 3817/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3817; Id Cendoj: 28079119912014100013).

STS 2 mayo 2022, STS 12 julio 2022, STS 27 julio 2022, STS 27 julio 2022, STS 8 noviembre 2022)<sup>69</sup>.

En la más reciente (STS 8 noviembre 2022<sup>70</sup>), se resume la doctrina de la Sala al respecto de la determinación de la edad del MENA, como sigue:

“El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.

Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que pueda prescindirse del valor

69 STS 20 marzo 2022 (Roj: STS 1564/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1564; Id Cendoj: 28079110012022100322), STS 21 marzo 2022 (Roj: STS 1115/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1115; Id Cendoj: 28079110012022100228), STS 27 abril 2022 (Roj: STS 1765/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1765; Id Cendoj: 28079110012022100355), STS 2 mayo 2022 (Roj: STS 2782/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2782; Id Cendoj: 28079110012022100531), STS 12 julio 2022 (Roj: STS 3007/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3007; Id Cendoj: 28079110012022100573), STS 27 julio 2022 (Roj: STS 3225/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3225; Id Cendoj: 28079110012022100590), STS 27 julio 2022 (Roj: STS 3225/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3225; Id Cendoj: 28079110012022100590), STS 8 noviembre 2022 (Roj: STS 4106/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4106; Id Cendoj: 28079110012022100765).

70 STS 8 noviembre 2022 (Roj: STS 4106/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4106; Ponente: Excm. Sra. María de los Angeles Parra Lucán). La sentencia resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la desestimación del recurso de apelación interpuesto ante la desestimación en primera instancia de la pretensión declarativa de la menor edad por la vía de la tutela de los derechos fundamentales. Se trataba de un ciudadano guineano que con documentación que le fue expedida posteriormente a su determinación de edad (acta de nacimiento, tarjeta de identidad consular y certificado de inscripción consular de Guinea), y, sin embargo, el Fiscal había concluido dicho expediente con un decreto con el que lo consideraba con una “edad mínima de 19 años”, y, por lo tanto, mayor de edad, oponiéndose a la revisión. En este caso, la demanda solicitaba (FD I) “que se nombrara al demandante defensor judicial y que se adoptara como medida cautelar urgente el libramiento de un oficio para que la Comunidad Autónoma asumiera su tutela”, pretensión que fue acogida al apreciar el juzgado de primera instancia conflicto de intereses entre el demandante y el Ministerio Fiscal, a quien le hubiera correspondido representarlo en juicio ante la falta de padres o tutores. Ciertamente es que el actor estaba indocumentado a su llegada, y mediante decreto, la fiscalía provincial (de Almería) acordó la necesidad de realizar pruebas radiológicas ‘previa información al interesado’ ante las dudas que suscitaban sus manifestaciones de minoría de edad. En el recurso de apelación se puso en duda la virtualidad de los documentos identificativos que se aportaron, por lo que se desestimó el recurso. La STS 8 noviembre 2022 reitera nutrida jurisprudencia de la Sala (SSTS 453/2014 y 452/2014, 24 septiembre, 11/2015, 16 enero, 13/2015, 16 enero, 318/2015, 22 mayo, 319/2015, 23 mayo, 320/2015, 22 mayo 329/2015, 8 junio, 368/2015, 18 junio, 411/2015, 3 julio, 507/2015, 22 septiembre, 720/2016, 1 diciembre, 307/2020, 16 junio, 357/2021, 24 mayo, 796/2021, 22 noviembre, 218/2022, 21 marzo, 319/2022, 20 abril, 336/2022, 27 abril, 564/2022 y 535/2022, 12 julio, y 590 y 591/2022, 27 julio), y resume la doctrina de la Sala en estos casos, que reproducimos arriba.

acreditativo de la menor edad que resulta de la documentación oficial expedida por las autoridades competentes.

En el caso, ante la falta de impugnación de una documentación que es coincidente con la declaración del menor por lo que se refiere a su edad, ni es razonable considerarlo como indocumentado ni es razonable que prevalezcan unas dudas que son despejadas por dicha documentación (...).

En las circunstancias del caso, las dudas suscitadas en la Fiscalía acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación aportada por el menor para hacer valer su condición de tal a efectos de obtener la protección de menores” (FD 6º).

En definitiva, los datos que puede ofrecer la biología sobre la edad de un individuo siempre se hallarán en un arco, en un rango entre valores de los que existe certeza de que son superiores o inferiores al valor probable a tenor de diversas exploraciones médicas. Por lo tanto, en estos casos existirá una presunción *iuris tantum* de minoría de edad y se considerará que el extranjero es menor de edad siempre que pudiera estar en la parte inferior de la horquilla de edad menor de 18 años<sup>71</sup>. Esto significa que, si está entre 17 y 21 años, se decide que es menor de edad a efectos de su protección jurídica y no expulsión del territorio nacional, lo que constituye doctrina jurisprudencial<sup>72</sup>.

El problema está cuando el extranjero menor de edad tiene un documento válido que así lo declara, si el Ministerio Fiscal, en aplicación del art. 12.4 de la Ley del menor<sup>73</sup>, introducido por la modificación de 2015, abriese un “expediente

71 El párrafo segundo del número 4 del art. 190 del Reglamento de extranjería especifica que “se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años”, en casos en los que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años”.

72 Cfr. STS 23 septiembre 2014 (Roj: STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), STS 23 mayo 2015 (Roj: STS 2217/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2217, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán); STS 18 junio 2015 (Roj: STS 2574/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2574, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) y STS 16 junio 2020 (Roj: STS 2198/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2198, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Ponente Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. María de los Ángeles Parra Lucán). El inmigrante con un pasaporte válido no puede hacerse la determinación de edad sin más, debe analizarse si es o no falso el pasaporte previamente y no hacer las pruebas de determinación de la edad, sino abrir un procedimiento judicial para dilucidar la falsedad o no del pasaporte. Las pruebas de determinación de la edad se deben realizar si existen indicios de falsedad en pasaporte o si se tienen dudas fundadas sobre si el menor extranjero es en realidad un mayor de edad. Pese a que el art. 12.4 de la Ley del Menor, en la modificación de 2015, dice que será el fiscal quien haga las averiguaciones sobre la falsedad del pasaporte) en contra de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo El problema es la “manga ancha” en perjuicio del inmigrante no acompañado (personas con pasaporte válido), en contra de la jurisprudencia del TS. La determinación de la edad mediante pruebas biológicas debe realizarse de forma restrictiva y, en caso de determinación de un rango que contenga la minoría de edad, optar por considerar al sujeto como menor de edad.

73 Cfr. 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 (BOE núm. 15, de 17 de enero). El art. 12.4 de la LPJM,

de determinación de edad" y el mismo concluyese con la determinación de su mayoría de edad<sup>74</sup>, como se narra en la citada STS 8 noviembre 2022.

A la hora del procedimiento de expulsión y repatriación, según el Reglamento de la ley de extranjería<sup>75</sup>, este debe fundamentarse también en el interés superior del menor, que como afirma LÓPEZ ULLA, actualmente es menos garantista que la redacción del Reglamento anterior de 2001 y "expresamente reconoce que el modelo migratorio español carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, generando ineficiencias con elevados costes humanos, económicos y sociales"<sup>76</sup>.

Al margen de ello, sin embargo, al ser menor de edad, precisamente por este motivo debe ser protegido conforme a la legislación, es decir, a través de los servicios de protección de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, pese a que disponemos de normas tuitivas de menores, en la legislación de extranjería y también de derecho internacional público, "falta congruencia en la actuación para determinar su edad"<sup>77</sup> y ello pese a que "los dictámenes y las resoluciones del CRC son interpretaciones auténticas de la CDN, dichos pronunciamientos habrán de ser utilizados por nuestras autoridades nacionales ex art. 10.2 CE a la hora de interpretar y aplicar los derechos que el ordenamiento español reconoce a los MENA"<sup>78</sup>.

#### B) *La situación de desamparo y la tutela ex lege del MENA.*

El MENA constituye un ejemplo claro de situación de desamparo. El art. 18.2 de la LOPJM remite al art. 172 CC, en cuanto a la definición de esta situación

---

incorporando la doctrina jurisprudencial de la ya citada STS 24 septiembre 2014, establece que "el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente. No podrán realizarse, en ningún caso, desnudos integrales, exploraciones genitales u otras pruebas médicas especialmente invasivas".

74 En este caso, el interesado entraría en una "tierra de nadie jurídica": por un lado, no está bajo la protección del menor y pasaría a una posición precaria; pero como tiene un documento que declara que es menor de edad, al no tener representantes, no puede ejercitar sus derechos a la educación, laborales, o realizar cualquier trámite administrativo...

75 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30 de abril), modificado por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. (BOE núm. 179, de 27 de julio).

76 LÓPEZ ULLA, J. M.: "Razones para", cit., p. 911.

77 ORTEGA, A., y HEREDIA, L.: "Determinación de la edad de un extranjero indocumentado, a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 31, enero 2021, p. 573.

78 MONTESINOS PADILLA, C.: "La determinación", cit., p. 251.

como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”<sup>79</sup>. Evidentemente, como sostiene CABEDO MALLOL, “un menor inmigrante no acompañado se encuentra casi por definición en una situación de desprotección social incuestionable, en situación de desamparo, y de ahí que deba procederse a su declaración formal”<sup>80</sup>.

Esta declaración debe ser temprana, por lo que será casi siempre el servicio de protección de menores de las diferentes comunidades autónomas, la Entidad Pública responsable de su declaración. Como afirma SERRANO SÁNCHEZ, “el interés superior del menor extranjero no acompañado en situación irregular en este caso está en el establecimiento del límite legal máximo de 3 meses para que, si no se ha llevado (a cabo) la reintegración familiar del menor (no acompañado) en el país de origen, desde Fiscalía [...], se empuje a la Administración autonómica a la declaración de desamparo”<sup>81</sup>.

En el caso de menores extranjeros, la declaración de desamparo le compete a las autoridades españolas en virtud de la “competencia basada en la residencia del menor”, por aplicación del art. 11.2 del Reglamento europeo núm. 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio, conocido como Reglamento Bruselas II *ter* (competencia basada en la presencia del menor) el cual especifica textualmente, que será de aplicación “a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado miembro de residencia habitual”<sup>82</sup> y las autoridades aplicarán la ley sustantiva nacional española, en virtud de los arts.

---

79 El art. 172 CC hace referencia a la protección de menores de edad. Implícitamente hace referencia a los MENA por cuanto, por definición se trata de menores a los que se les ha privado de la necesaria asistencia. Ya en la LOPJM, en términos generales, la situación de desamparo, se entiende cuando se den ciertas circunstancias “con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor” (abandono, transcurso del plazo de guarda voluntaria, riesgo para la vida, salud e integridad física o mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad a consecuencia de “maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores”); el anormal desempeño de la guarda del menor debida a un “grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares”, la inducción a la explotación del menor (“grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares”, o situaciones similares), o cualquier otra situación “gravemente perjudicial” derivada del incorrecto “ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia”; considerándose un indicador de la misma, que un hermano haya sido declarado en tal situación.

80 CABEDO MALLOL, V.: “La protección”, cit., p. 89. Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 151-226.

81 SERRANO SÁNCHEZ, L.: “La subdiscriminación”, cit., p. 485.

82 Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. (DOUE L 178/2, de 2 de julio).



15.1 y 16.1. del Convenio de la Haya de 1996, por lo que se constituirá una tutela por ministerio de la Ley<sup>83</sup>.

Esto es así, en aplicación tanto del art. 18.1 de la LOPJM, como del art. 172.1. CC al que remite el anterior, que la constituye en favor de “la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores” cuando constatará que el menor se encuentre en dicha situación de desamparo; debiendo “adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda” con conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez si este hubiera acordado una tutela ordinaria; aunque se reconoce su libertad de circulación y residencia, a pesar de ser irregulares, siempre que no puedan ser retornados a sus países de origen, en una suerte de “estatus jurídico específico” de extranjero vulnerable<sup>84</sup>.

En estas situaciones, “cuando la entidad autonómica dicta la declaración de desamparo es porque el MENA no va a ser retornado y ha pasado un plazo mínimo de cuatro meses”<sup>85</sup>. La situación de desamparo supone el detonante de la protección cautelar del menor. SERRANO SÁNCHEZ alude a determinadas “figuras de protección cautelar [...] específicamente para los MENA”, tales como la guarda provisional (art. 14 LOPJM y art. 172.4 CC), la designación de defensor judicial (arts. 299 CC y 2.5.c y 10.2.e LOPJM) y guardador de hecho (art. 303 CC)<sup>86</sup> y si, posteriormente se dan los requisitos apropiados para ello, puede obtener una autorización de residencia<sup>87</sup>.

En Andalucía, por ejemplo, la sospecha o constancia de una posible situación de riesgo o desamparo de una persona menor de edad se comunicará a los organismos competentes a través de la correspondiente “hoja de notificación”, sin perjuicio del uso de otros medios que se estimen necesarios<sup>88</sup>. Dicha hoja de notificación se regula expresamente en la Orden de la Consejería de Igualdad, Políticas sociales y Conciliación, de 30 de julio de 2019<sup>89</sup>. Parece que la finalidad de

83 Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, en AA. VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, p.490.

84 Sobre el específico estatus jurídico concreto del extranjero por razón de su vulnerabilidad, Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 47-60.

85 SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración acceso*, cit., p. 272.

86 *Ibid.*, p. 418.

87 Cfr. VINAIXA MIQUEL, M.: “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *Cuad. Der. Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 584. Se reconocen además de la declaración de desamparo (y la tutela *ex lege* asumida por la administración autonómica), los siguientes requisitos: estar documentado (bien por pasaporte, o cédula de inscripción), no poder ser repatriado, y que desde su puesta a disposición ante el servicio de protección de menores haya transcurrido un mínimo de tres meses y un máximo de 9.

88 Decreto 210/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de actuación ante situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (SIMIA). BOJA núm. 227, de 23 de noviembre).

89 Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba el formulario normalizado de la hoja de notificación de posibles situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia. (BOJA núm. 149, de 5 de agosto).

esta declaración podría ser, según SERRANO SÁNCHEZ, “la permanencia del menor en España” al considerarse que “la residencia habitual del menor está ahora en nuestro país”<sup>90</sup>, siendo de aplicación lo que acabamos de exponer acerca de la competencia de las autoridades españolas en la declaración de la situación de desamparo y la consiguiente tutela.

Pero como afirma FLORES GONZÁLEZ, “el sistema de protección diseñado en la LOPJM se revela ineficaz cuando los menores de edad tienen la condición de extranjeros o inmigrantes. La tutela automática de la entidad pública no resulta un mecanismo jurídico adecuado cuando se trata de proteger a los menores inmigrantes”, por cuanto el menor inmigrante necesita defensa “con carácter general para cualquier actuación que les afecte”<sup>91</sup> y, desde luego, libre de conflicto de intereses con respecto a la Administración.

C) *La guarda de hecho y la guarda administrativa en situación de desamparo.*

GARCÍA GARNICA sostiene que el sistema de protección de menores en España establecido por la LOPJM, supuso “un importante hito legislativo en la protección jurídica de los menores de edad. No obstante, [...] era manifiesta la necesidad de someter el sistema de protección de la infancia y la adolescencia a una profunda revisión [...] al objeto de dotarlo de una mayor coherencia y eficiencia, y de responder a los mandatos contenidos en nuevos instrumentos internacionales ratificados por España”<sup>92</sup>, para lo cual se necesitaban reformas sustantivas y procesales.

Como venimos exponiendo, esta modificación vino de la mano de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, y de la Ley 26/2015 de 28 de julio, modificadoras del sistema de protección a la infancia y adolescencia<sup>93</sup>; “reforma en profundidad del sistema de protección jurídica de la infancia y la adolescencia para modernizarlo y garantizar una protección uniforme en todo el territorio del Estado”<sup>94</sup>, las cuales, configuran un “marco común de referencia, sin perjuicio del desarrollo normativo que lleven a cabo las distintas Comunidades Autónomas”<sup>95</sup>. Según afirma PIZARRO

90 SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración acceso*, cit., p. 272.

91 FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección”, cit. pp. 356-358. Refiere la autora al caso de Italia, donde la propia Ley de adopción y acogimiento de menores de 1983 prohíbe que la entidad pública de protección de menores ejerza la función de tutor de los MENA en ese país.

92 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda”, cit., pp. 1375-1421.

93 Cfr. CABEDO MALLOL, V. J.: “Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras”, en AA. VV.: *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, (coord. por V. J. CABEDO MALLOL e I. RAVETLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 70-74.

94 PIZARRO MORENO, E.: *El interés*, cit. p. 30. Tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/2015, el principio del interés superior del menor se ha objetivado, además de introducirlo “como norma de procedimiento, al disponer que toda medida que se tome en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso”.

95 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda”, cit., p. 1390.

MORENO, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio<sup>96</sup> incorpora una serie de criterios generales interpretativos sobre el interés superior del menor como continuación a la “tendencia ya seguida por el Tribunal Supremo en los últimos años”<sup>97</sup>. Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio<sup>98</sup> regula la institución de guarda de hecho, deslindándola de la guarda administrativa y de la tutela administrativa en casos de desamparo. Así lo señala GARCÍA GARNICA, cuando afirma que “junto a la guarda de hecho, y dentro de las competencias asumidas por la Entidad pública encargada de la protección de menores en el respectivo territorio en los supuestos de desamparo, se contemplan la guarda provisional, la guarda voluntaria, la guarda judicial y la guarda con fines de adopción”<sup>99</sup>.

Es importante señalar que tan pronto como quede determinada la minoría de edad del extranjero no acompañado, automáticamente se debe declarar la situación de evidente desamparo, por lo que “en ese momento el menor inmigrante no acompañado pasa a estar bajo la guarda de la entidad pública competente”<sup>100</sup> (que será la entidad protectora de menores de la Comunidad Autónoma donde se halle el menor).

#### 4. La invasión rusa de Ucrania y sus consecuencias sobre el panorama del MENA.

En general, a tenor del Convenio de La Haya de 1996, ratificado por España en 2010<sup>101</sup>, la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados corresponde a su país de residencia anterior; Sin embargo, el art. 6.I del Convenio de la Haya dispone que, si se diera este desplazamiento en casos de “desórdenes en sus respectivos países”, la competencia será para las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran tales menores como consecuencia del desplazamiento “siempre que tuviera algún familiar en otro estado miembro”.

Si ese no fuera el caso, todavía en cuanto a los menores ucranianos, sería de aplicación lo previsto en el art. 16 del Convenio de la Haya, sobre casos de “agresión militar”, que establece que la responsabilidad parental sobre un menor por ministerio de la ley se rige por el Derecho del lugar de residencia habitual del menor (es decir, por el derecho ucraniano) cuando el menor tuviera allí su

96 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 175, de 23 de julio).

97 PIZARRO MORENO, E.: *El interés*, cit., p. 28.

98 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

99 GARCÍA GARNICA, M. C.: “La guarda”, cit., p. 1391.

100 FLORES LÓPEZ, B.: “La protección”, cit., p. 348.

101 Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. (BOE núm.291, de 2 de diciembre de 2010).

residencia habitual y subsistiría después del cambio de residencia a otro país. El reconocimiento de pleno derecho que el Convenio otorga a las decisiones adoptadas en otro Estado contratante (art. 23), permite que cualquier medida ucraniana esté reconocida, por tanto, de forma automática en otros Estados contratantes. Esto significa que, en menores ucranianos desplazados a España, las medidas adoptadas por su país de residencia son válidas plenamente en nuestro país<sup>102</sup>.

Hay que tener en cuenta también la Directiva 2001/55/CE de Protección Temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>103</sup>, que se dictó como consecuencia de los desplazamientos de población civil producidos durante la Guerra de los Balcanes, pero que nunca se aplicó y se ha aplicado ahora “por primera vez”, por parte de los países de la Unión Europea, ante la grave crisis de personas desplazadas a consecuencia del conflicto de Ucrania (“la mayor crisis de desplazados y refugiados desde la II Guerra Mundial”<sup>104</sup>).

El éxodo masivo de la población civil ucraniana ha modificado la normativa interna española de protección civil de los refugiados directamente afectados por la invasión militar rusa no provocada e injustificada contra Ucrania, como se afirma en la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, de 4 de marzo de 2022, de protección temporal de las personas desplazadas de Ucrania que puedan encontrarse en España<sup>105</sup>. Pese a que se trata de una modificación “temporal”, provocada por una violación del Derecho internacional, nuestro Tribunal Supremo interpreta que “los ucranianos que residan en España puedan acogerse de forma inmediata y sin necesidad de previa presentación de solicitud al principio de no devolución, que debe operar con automatismo, bastando a estos efectos la acreditación de la nacionalidad y la expresión de la voluntad de acogerse a la protección internacional para no ser expulsado, siendo carga de la Administración demostrar, en su caso, que el interesado está incurso en alguno de los supuestos de exclusión contemplados en el art. 12 del Reglamento” (STS 21 diciembre

---

102 UNIÓN EUROPEA: *Menores de Ucrania – cooperación judicial en materia civil Menores privados de su entorno familiar debido a la agresión militar de Rusia contra Ucrania: instrumentos europeos e internacionales aplicables en asuntos civiles transfronterizos*. European Justice. Disponible en <https://n9.cl/m27f6> (consultado el 14 de marzo de 2023).

103 Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. (DO L 212, de 7 de agosto de 2001).

104 DURÁN RUIZ, F. J.: “La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73, pp. 951-993. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.73.07> (con acceso el 4 de septiembre de 2023).

105 Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España. (BOE núm. 59, de 10 de marzo).

2022)<sup>106</sup> sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>107</sup>.

En este mismo sentido, por ejemplo, lo interpreta la Fiscalía de Menores de Sevilla, que considera a los menores ucranianos no acompañados como “menores de riesgo”<sup>108</sup>.

La doctrina del Tribunal Supremo establecida en esta STS 21 diciembre 2022 recuerda que “la Unión Europea ha acordado facilitar la acogida indiscriminada de los refugiados procedentes de Ucrania sin exigirles la solicitud de asilo, acogándose a la Directiva de Protección Temporal de 2001”<sup>109</sup>.

Por lo que, mientras dure la guerra de Ucrania, es previsible que toda la normativa interna quede relegada en cuanto a las personas afectadas, y, probablemente, sean objeto de análisis en sede del Alto Tribunal decisiones administrativas relativas a la acogida subsidiaria en expedientes de asilo, tributarios de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

---

106 Cfr. STS 21 diciembre 2022 (Roj: STS 4822/2022, ECLI:ES:TS:2022:4822; Sala de lo Contencioso. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano).

107 Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. (BOE núm. 256, de 25 de octubre). Es decir, que motivos justificados, proporcionalmente apreciados, para considerar que la persona en cuestión hubiera cometido delito contra la paz, crimen de guerra o crimen contra la humanidad o algún delito común de naturaleza grave, etc., o represente un peligro para la seguridad nacional o amenaza al orden público. Sobre la protección temporal de menores ucranianos no acompañados, Cfr. AGENCIA DE ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA (EUAA), AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA): *Herramienta práctica para tutores. Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2023, pp. 14-16. Disponible en <https://n9.cl/7c04e> (consultado 4 de noviembre de 2023). Se afirma que la tal protección temporal “garantiza a los menores no acompañados una protección completa y acceso rápido” a derechos de los que son acreedores, como la representación, la localización y reagrupación familiar, el acogimiento adecuado; especificando que “Las familias de acogida y las comunidades u organizaciones a las que se confíe, en virtud del Derecho interno, el cuidado de menores no acompañados que sean beneficiarios de la protección temporal deben recibir subsidios familiares y de apoyo por los menores a su cargo, según lo previsto en el Derecho interno del país de acogida”, que en nuestro derecho interno se atribuye a las Comunidades Autónomas). Vid. Real Decreto 673/2022, de 1 de agosto, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a las comunidades autónomas para financiar la prestación de una ayuda económica directa a las personas beneficiarias del régimen de protección temporal afectadas por el conflicto en Ucrania que carezcan de recursos económicos suficientes. (BOE núm. 184, de 2 de agosto).

108 La instrucción de la Fiscalía de Menores (AP Sevilla), a través del Decreto de la Ilma. Sr. Fiscal Doña Marta Valcarce López, de 25 de abril de 2022, entiende que la llegada de menores ucranianos a la provincia de Sevilla debe registrarse “conforme al Artículo 215 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, relativo al Registro de Menores Extranjeros No Acompañados” y recabada la información necesaria para dicho registro, procede la “inscripción de los menores ucranianos en el registro de MENORES NO ACOMPAÑADOS, como ‘menores de riesgo’, conforme a lo dispuesto en el artículo 215 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”. Se incide en la necesidad que las familias o personas que acojan o presten guarda de hecho a estos menores “deberán expresar por escrito su conocimiento de que el desplazamiento del menor no tiene por objeto la adopción”, comprometiéndose a “favorecer el regreso con su familia biológica y/o a su país de origen o procedencia”, incoándose un “expediente de riesgo” por parte del Ministerio Fiscal, con solicitud de informes sociales de las familias guardadoras, pudiendo constituir judicialmente la guarda del art. 237 CC cuando tales informes sean favorables. Cfr. Decreto Fiscalía de Menores AP Sevilla, de fecha 25 de abril de 2022, 17 pp. Disponible en <https://n9.cl/3mxiy5> (con acceso el 4 de febrero de 2022).

109 STS 21 diciembre 2022 (Roj: STS 4822/2022, ECLI:ES:TS:2022:4822; Sala de lo Contencioso. FD 6.B).

#### IV. CONCLUSIONES.

Tradicionalmente, el perfil de los MENA en España responde a migrantes indocumentados, provenientes del Magreb fundamentalmente. En tanto menores, su protección jurídica se rige por la LOPJM, procurándoles la medida de protección más adecuada, con intervención del Ministerio Fiscal que debe velar por sus intereses. En tanto extranjeros, su protección jurídica también reside en la LOEX. Así, el menor extranjero solo y desprotegido se pone bajo la protección de los servicios de protección de menores y debe comunicarse a la Delegación del Gobierno. Tal es el caso de menores con minoría de edad en pasaporte o bien claramente menor (con seguridad, hasta al menos los 10-11 años de edad). Entonces, habrá que poner al menor en protección y comunicar al Ministerio Fiscal. El problema se suscita cuando existen dudas sobre la edad, bien en caso de dudas sobre la validez de la documentación donde se constate la minoría de edad, o siendo indocumentados, sobre la mayoría de edad, estando facultado por la Ley para determinarla esta mediante expediente.

La doctrina del Tribunal Supremo en estos casos está consolidada: el interés superior del menor despliega sus efectos en aquellos casos en los que exista duda en cuanto a la edad. Es decir, si la determinación del rango probable de edad alcanzara en su extremo inferior los 17 años, debiendo tomar como menor de edad al interesado, en cualquier caso. Además, la doctrina sostiene que se trata de una presunción de minoría de edad *iuris tantum*, y que debería recurrirse al expediente de determinación de edad únicamente en casos tasados en menores indocumentados (STS 8 noviembre 2022), pues si la duda proviene de la sospecha sobre la validez del documento que afirme la minoría de edad, entonces habría que acudir a la jurisdicción ordinaria y no, directamente, al expediente de determinación de edad por parte del Fiscal.

El conflicto bélico en Ucrania ha ocasionado una reacción de la Unión Europea que permite, en los casos previstos, que los ucranianos que residan en España puedan acogerse de forma inmediata y sin necesidad de previa presentación de solicitud al principio de no devolución, que debe operar de forma automática, bastando a estos efectos la acreditación de la nacionalidad y la expresión de la voluntad de acogerse a la protección internacional para no ser expulsado, siendo carga de la Administración demostrar, en su caso, que el interesado está incurso en alguno de los supuestos de exclusión legalmente previstos.

En el caso de MENA ucranianos, los mecanismos de tutela no son diferentes al resto de los menores en situación similar, siendo de aplicación la legislación civil interna por el principio de "competencia basada en la presencia del menor" del Reglamento europeo núm. 2019/1111, de 25 de junio (que alcanzan su identificación, registro, atención inmediata por parte de la entidad pública correspondiente,

adopción de medidas de protección inmediata que sea necesaria, junto con la coordinación de las autoridades tanto españolas como extranjeras que posibiliten una efectiva protección). Esto unido a que lo previsto temporalmente en cuanto a la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo, ha sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido amplio, lo que en el caso de los MENA ucranianos, debería complementar la eficacia del principio del interés superior del menor, prevaleciendo el sistema de protección de menores, a través del procedimiento habitual, con participación del Ministerio Fiscal que interviene para proteger a los menores refugiados de Ucrania y procura de las Comunidades Autónomas que asuman la guarda de los menores ucranianos no acompañados (traídos por ONG o procedentes de orfanatos, en todo caso con tutores no legales).

## BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023.

AGENCIA DE ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA (EUAA) Y AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA): *Herramienta práctica para tutores. Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2023.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I.: "Capítulo III. Sistema normativo español sobre protección de menores", en AA. VV.: *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (dir. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 123-130.

ARCE JIMÉNEZ, E.: "El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación", *CEFD*, núm. 38, 2018.

ASENSIO VELASCO, M.: "Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos cinco años sobre menores extranjeros no acompañados", *Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 38, 2018.

BRAVO, A. y SANTOS-GONZÁLEZ, I.: "Menores extranjeros no acompañados en España: necesidades y modelos de intervención", *Psychosocial Intervention*, vol. 26, núm. 1, 2017.

CABEDO MALLOL, V. J.:

- "La protección y la integración de los menores inmigrantes no acompañados", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, 2006.
- "La Unión Europea y la protección de la infancia migrante, en especial la no acompañada: historia de un *déjà vu*", en AA. VV.: *Niñez, familia, migración y derechos* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTÉ y M. L. BOBADILLA TOLEDO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- "Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras", en AA. VV.: *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coord. por V. J. CABEDO MALLOL e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CAPOTE PÉREZ, L. J. y CALZADILLA MEDINA, M. A.: "Protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España tras la aprobación de la Convención de las Naciones



Unidas de los derechos del Niño de 1989”, *Miscellanea Historico-luridica*, vol. 19, núm. 1, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, en AA. VV.: *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España* (dir. por J. A. COBACHO GÓMEZ), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

CASTRILLO SANTAMARÍA, R.: “Menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la determinación de su edad”, en AA. VV.: *La protección jurídica del menor en el derecho comparado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023.

COBAS COBIELLA, M. E.: “Menores y extranjería: situaciones de regularización”, *Rev. boliv. de derecho*, núm. 20, 2015.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA: *Informe 02|2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Consejo Económico y Social España, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2019.

DÍEZ MORRÁS, F. J.: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR*, núm. 10 (dic), 2012.

DURÁN RUIZ, F. J.: “La regulación de la protección temporal de los desplazados por la guerra de Ucrania y su compatibilidad con otras formas de protección internacional en el contexto de una nueva política migratoria de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73.

ESPUNY CUGAT, R. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La atención a menores extranjeros no acompañados víctimas de trata en España desde una perspectiva comparada”, *Anales de derecho*, núm. 40, 2023.

ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: “Menores no acompañados. Impugnación del decreto de edad del Ministerio Fiscal. Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2021”, *Revista CEF Legal*, núm. 250, 2021.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR ASYLUM, *Protección temporal para menores no acompañados que huyen de Ucrania-Herramienta práctica para tutores*, Publications Office of the European Union, Bruselas, 2023,

FLORES GONZÁLEZ, B.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España”, *Rev Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2, 2018.

GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M., BAÑÓN GONZÁLEZ, R., PUJOL ROBINAT, A., AGUADO BUSTOS, F. F., LANDA TABUYO, M. I., PRIETO CARRETERO, J. L., y SERRULLA RECH, F.: "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 37, núm. 1, 2011.

GARAMENDI GONZÁLEZ, P. M. y LÓPEZ ALCARAZ, M.: "Situación actual de la estimación forense de la edad en menores extranjeros no acompañados en España", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, núm. 4, 2019.

GARCÍA GARNICA, M. C.: "La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *ADC*, vol. 70, fasc. 4, 2017.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, 2020.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

INOSTROZA RETAMALES, C. A.: "El derecho de participación de niños, niñas y adolescentes no acompañados", *IUS*, vol. 17, núm. 52, 2023.

LASARTE ÁLVAREZ, C., RUÍZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LÓPEZ ULLA, J. M.: "Razones para una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 73.

MARTÍNEZ GARCÍA, C., y DEL MORAL BLASCO, C.: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño, Save the children*, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Madrid, 2017.

MONTESINOS PADILLA, C.: "La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021.

ORTEGA, A. y HEREDIA, L.: "Determinación de la edad de un extranjero indocumentado, a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2020", *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 31, enero 2021.

ORTIZ VIDAL, M. D.: "Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del comité de los derechos del niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia", *REEI*, núm. 41, 2021.

PÉREZ SALOM, R.: "El principio de no devolución en el caso de los menores no acompañados solicitantes de asilo: la posición del Comité de los Derechos del Niño (CDN)", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 49, 2023.

PIZARRO MORENO, E.: *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*. Editorial Reus, 2020.

PRADO MANRIQUE, B. V.: "La coordinación de políticas públicas: Clave para la protección de menores extranjeros en calle", *InDret*, núm. 4, 2022.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "El derecho del menor a ser oído y escuchado en todos los procedimientos que le afecten", en *AAVV.: Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (coord. por V. CABEDO MALLOL e I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Menor y violencia de género: aspectos jurídicos en la sociedad actual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SANTOS MORÓN, M. J.: "El interés del menor. Criterios de determinación y aplicación en casos concretos", *RJUAM*, vol. 2, núm. 38, 2018.

SERRANO SÁNCHEZ, L.: "La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados", *AFD*, vol. 37, 2021.

SERRANO SÁNCHEZ, L.: *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2021.

SILLERO CROVETTO, B.: "Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, LASARTE ÁLVAREZ, C., RUÍZ JIMÉNEZ, J., HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L. y SERRANO GIL, A.: *Protección jurídica del menor* (coord. por M. P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

UNIÓN EUROPEA: *Menores de Ucrania – cooperación judicial en materia civil Menores privados de su entorno familiar debido a la agresión militar de Rusia contra Ucrania: instrumentos europeos e internacionales aplicables en asuntos civiles transfronterizos*. European Justice.

VICENTE LORCA, A.: “Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 22, 2022.

VINAIXA MIQUEL, M.: “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *Cuad Der Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019.



**QUÉ ES FAMILIA Y PARA QUÉ SIRVE. SOBRE LA  
DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 29  
DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA**

***WHAT IS FAMILY AND WHAT IS IT FOR? ABOUT THE  
DUBIOUS CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 29 OF THE  
ITALIAN CONSTITUTION***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp.142-171*

Vincenzo  
BARBA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de febrero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El artículo se propone investigar qué es la familia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y para qué sirve este concepto. Partiendo de la base de que el concepto tiene su utilidad tanto a nivel nacional, porque existe un estatuto normativo básico de la familia, como a nivel supranacional, la familia se define sobre la base de un criterio sustancialmente funcional. Conviene aclarar, sin embargo, que esta definición no implica que toda familia sea digna de protección, ya que ésta debe estar vinculada, en todo caso, a la posibilidad de que constituya un lugar en el que sus miembros puedan desarrollarse y desenvolver su personalidad. Estas premisas llevan a la conclusión de que la familia, que también es un principio, es un concepto unitario y que plurales son sólo sus formas, en las que el consentimiento adquiere cada vez más importancia. Por último, el ensayo cuestiona la constitucionalidad del artículo 29 de la Constitución italiana.

**PALABRAS CLAVE:** Persona; familia; formación social; matrimonio; filiación.

**ABSTRACT:** *This essay aims to investigate what the concept of family entails in contemporary legal systems and its significance. It is argued that the concept serves a dual purpose, both nationally, due to the existence of a fundamental legal status for families, and internationally, where family is defined based on functional criteria. It is clarified, however, that such definition does not imply automatic protection for every family, as protection must be linked to the potential for family members to develop and express their personalities within it. From these premises, it is concluded that the family, as a principle, represents a unified concept, with its diversity found solely in its forms, where consent plays an increasingly crucial role. Finally, the essay questions the constitutionality of Article 29 of the Italian Constitution.*

**KEY WORDS:** *Person; family; social formation; marriage; filiation.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTATUTO NORMATIVO DE LA FAMILIA ENTRE NORMAS VERTICALES Y HORIZONTALES.- III. PROPUESTA DE CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONCEPTO DE FAMILIA.- IV. PERSONA Y FAMILIA.- V. DE LA FAMILIA A LAS FAMILIAS Y VICEVERSA.- VI. ¿ES CONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA?.- VII. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Los legisladores, incluidos los constitucionales, se refieren en muchas ocasiones al concepto de familia, unas veces especificando a qué fenómeno pretenden referirse, acompañando el sustantivo de otros adjetivos (familia numerosa, familia migrante, familia vulnerable, familia intercultural, familia con persona con discapacidad, familia en situación de pobreza, etc.), que permiten identificar la formación social objeto de la regulación especial, otras veces y, lo que es más habitual, refiriéndose genéricamente a la "familia", dejando esencialmente en manos del intérprete la definición del fenómeno.

El término "familia" está indudablemente cargado de una fuerte vaguedad, pues si bien es cierto que existen formaciones sociales que con facilidad se adscriben al concepto, como la pareja matrimonial o la pareja de hecho o la familia reconstituida, y si bien existen fenómenos que fácilmente pueden considerarse ajenos al concepto, como es, por ejemplo, el caso de los compañeros de piso, existe una zona gris en la que es muy difícil establecer si la formación social puede o no ser considerada familia y, en este sentido, basta pensar en el progenitor solo que vive con una hija o un hijo, dos hermanas que viven juntas, un grupo poliamoroso, el niño que vive con un tío, la persona soltera que ha adoptado a una niña o un niño, el grupo formado por un abuelo/abuela madre o padre e hijo o hija, una familia que vive con una tercera persona en casa de ésta. Los ejemplos podrían multiplicarse y demostrar que la realidad abigarrada y multiforme propone una zona gris en la que es muy difícil establecer qué es una familia y, por tanto, cuál es el rasgo característico que permite identificar una formación social que puede ser considerada como tal y otra que, por el contrario, no. Cabe añadir que existen fenómenos sociales a los que se ha atribuido el nombre de "familia", aunque existan dudas sobre si pueden atribuirse al concepto, por ejemplo, la familia unipersonal<sup>1</sup>, la familia monoparental<sup>2</sup>, la familia polígama, la familia extensa.

- 1 Encontró reconocimiento en la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-534 de 2019). CASTILLO, E.: "Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991", *Via Iuris*, 2022, 32, pp. 113-131, espec. p. 124: "Familia unipersonal es la constituida por un sujeto sin vínculos personales inmediatos con nadie o que tiene "su fundamento en la decisión libre de conformar un hogar de manera solitaria»".
- 2 RODRÍGUEZ SUMAZA, C.; LUENGO RODRÍGUEZ, T.: "Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales", *Revista de sociología*, Papers 69, 2003, pp. 59-82.

• **Vincenzo Barba**

Catedrático de Derecho privado de la Universidad de la Sapienza de Roma. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it



Además, cabe considerar que, en el intento de definición, es necesario prescindir de la cláusula general de orden público interno e internacional y de cualquier norma prohibitiva, ya que la existencia de una prohibición, directa o indirecta, no excluye, en abstracto, que una determinada formación social pueda, en cualquier caso, considerarse una “familia”. Así, si se parte de la idea de que en los ordenamientos jurídicos europeos tiende a existir el principio de monogamia y, por tanto, de que un segundo matrimonio no es válido, ello no excluye que, en abstracto, también deba considerarse familia a la generada por un segundo matrimonio inválido, tanto más si se tienen en cuenta no sólo las interconexiones que pueden surgir, en términos de interferencia con otros ordenamientos jurídicos, en términos de Derecho internacional privado, sino también considerando que la nulidad del segundo matrimonio no excluye ciertos efectos en relación con el cónyuge de buena fe y, en todo caso, con los posibles hijos e hijas.

Constatada la vaguedad del término “familia” en cuanto a su contenido, es preciso comprobar también si tiene una concreta utilidad normativa, es decir, si la determinación del concepto tiene alguna consecuencia relevante de aplicación concreta. Si no existiera, pues, un tejido, aunque mínimo, de normas que se refirieran genéricamente a la familia y que pudieran aplicarse a cualquier formación social que, jurídicamente, asumiera tal calificación, el mismo esfuerzo definitorio sería de escasa utilidad y resultaría ser, lisa y llanamente, un mero ejercicio de dogmática jurídica. Habría que concluir que el concepto de familia no sirve para nada, o sirve muy poco, y por lo tanto que no hace falta definirlo.

Independientemente de esta observación, es, sin embargo, indispensable considerar la importancia del valor performativo del lenguaje jurídico<sup>3</sup>, que, al dar nombre a las cosas, permite su propia existencia y percepción social<sup>4</sup>. De tal manera que incluso la sola función performativa, especialmente cuando se aplica a un concepto como el de “familia”, acapara gran importancia, ya que permite identificar a un determinado agregado social como “familia”, con todas las consecuencias que ello acarrea desde el punto de vista económico-social y de aceptación del fenómeno.

Partiendo, por tanto, de la importancia performativa del lenguaje normativo, en la medida en que es capaz de dotar al fenómeno de relevancia jurídica y

3 AUSTIN, J. L.: *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1962; SEARLE, J.R. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969; GOODRICH, P.; CARLSON, D. G.: *Law and the Postmodern Mind: Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998; CONSTABLE, M.: *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*, Princeton University Press, Princeton, 2005; ROSS, A.: “Tü-Tü”, en *Harvard Law Review*, 70 (5), 1957, pp. 812-825.

4 SWENNEN, F.; CROCE, M.: “The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of ‘Co-motherhood’ and ‘Duo-motherhood’ in Belgium and the Netherlands”, en *Socials & Legal Studies*, 2016, p. 181 ss.; CROCE, M., “Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue”, en *Law & Critique*, 2015, p. 65 ss.

reconocimiento social, cabe comprobar si existen ciertas normas, aunque sean mínimas, que justifiquen la necesidad de definir el concepto.

## II. ESTATUTO NORMATIVO DE LA FAMILIA ENTRE NORMAS VERTICALES Y HORIZONTALES.

Si nos limitáramos a evaluar las normas dedicadas a la formación social definida como “familia” dentro de los códigos civiles del siglo XIX, el resultado sería sustancialmente insatisfactorio.

Los códigos civiles decimonónicos, en su estructura original, concebían únicamente la familia matrimonial, estableciendo una especie de ecuación entre familia y matrimonio<sup>5</sup>. Desde este punto de vista, la propia regulación de la filiación se construyó sustancialmente sobre el modelo matrimonial, hasta el punto de distinguir claramente entre hijos legítimos o matrimoniales e hijos ilegítimos o naturales o nacidos fuera del matrimonio<sup>6</sup>.

Sin perjuicio de este marco general, las principales innovaciones que han tenido lugar en Europa occidental<sup>7</sup> se produjeron primero con el reconocimiento de la llamada pareja de hecho<sup>8</sup>, que en algunos ordenamientos jurídicos también ha sido objeto de una regulación específica posterior, y después con el reconocimiento progresivo, y aún no definitivamente culminado, de la familia homoparental, logrado bien a través de la extensión del matrimonio, como en Andorra, Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, Noruega, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Eslovenia, España, Suecia y Suiza, bien mediante la creación de una unión distinta del matrimonio, como en Italia, Chipre, Croacia, Mónaco, Montenegro, la República Checa, San Marino y Hungría<sup>9</sup>.

5 Mantiene esta idea, ACEVEDO QUIROZ, L.H.: “El concepto de familia hoy”, *Franciscanum: revista de las ciencias del espíritu*, Vol. 53, n. 156, 2011, pp. 149-170.

6 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “Las fronteras del concepto jurídico de familia”, en *Diario La Ley*, n. 6127, 15 de noviembre de 2004, pp. 1-7, spec. p. 2.

7 Para una evolución en latinoamérica, v. ESBORRAZ, D. F.: “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones”, *Revista de Derecho Privado*, n. 29, 2015, pp. 15-55.

8 En Italia, durante mucho tiempo se consideró un fenómeno jurídicamente irrelevante (TRABUCCHI, A.: “I principi generali della riforma del diritto di famiglia”, en AA. Vv., *La riforma del diritto di famiglia, Atti del I Convegno di Venezia*, Padova, 1967, p. 11; TRABUCCHI, A.: “Natura Legge Famiglia”, en *Rivista di diritto civile*, 1977, I, p. 1 ss.) y posteriormente un fenómeno exclusivamente confiado a la autonomía negocial (GAZZONI, F.: “La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata”, en *Giustizia civile*, 1981, II, p. 261; GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, *passim*, spec. pp. 129, 172 ss Cabe mencionar, sin embargo, por la perspectiva diferente y moderna que se adoptó en su momento, PROSPERI, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980.

9 Cabe preguntarse si la decisión de los Estados de no permitir el acceso al matrimonio a las parejas homoafectivas puede considerarse conforme al principio reiteradamente afirmado a nivel supranacional, en las Cartas y Declaraciones de Derechos, que afirman el derecho de toda persona a casarse y fundar su propia familia (v. art. 16.1 DUDH, art. 33 PIDPC, art. 9 CDFUE e art. 12 CEDH).

Desde otro punto de vista, se ha producido una cierta evolución en la regulación de la filiación, que ha tendido a desvincularse sustancialmente del matrimonio, para permanecer, con vistas a la protección de la infancia y la adolescencia, orientada a la creación de un estatuto unitario del hijo o de la hija<sup>10</sup>, con la finalidad de responsabilizar a los progenitores.

También cabe señalar que las principales intervenciones legislativas correctoras del marco normativo originario de la familia se lograron, en contados casos, mediante modificaciones del Código Civil y, en la mayoría, mediante el recurso a la legislación especial. Tanto es así que, en muchas de las codificaciones europeas, el marco del Derecho de familia del Código ha seguido siendo esencialmente el mismo.

Por tanto, si nos fijamos en las normas que regulan originariamente lo que consideramos en su conjunto la “familia”, es evidente que en su mayoría están destinadas a regular el matrimonio y la filiación, es decir, las relaciones entre cónyuges, es decir, las llamadas relaciones horizontales, y las relaciones entre progenitores e hijos e hijas, es decir, las llamadas relaciones verticales.

Unas y otras pueden prescindir sustancialmente del concepto de familia, ya que se basan ahora en la relación matrimonial, ahora en la relación de filiación.

Las primeras son normas que bajo ciertas condiciones y con todas las reservas oportunas pueden aplicarse también, como en algunos casos ha hecho la jurisprudencia, a la pareja de hecho, mientras que las segundas se aplican a la relación de filiación propiamente dicha, ya que deberían estar dirigidas exclusivamente a regular la responsabilidad de los progenitores frente a sus hijas e hijos para proteger la infancia y la adolescencia.

La coincidencia sustancial de la familia con el matrimonio y/o la unión entre personas del mismo sexo parece excluir radicalmente la existencia de un estatuto normativo de la familia como tal, porque el conjunto de normas que el jurista tiene la costumbre de considerar destinadas a regular la familia se revela reducido a normas reguladoras de las relaciones entre cónyuges y normas reguladoras de la filiación. Normas que, por tanto, no requieren necesariamente la mediación del concepto de familia y pueden prescindir de él, ya que el elemento de aplicación calificante de las primeras es el hecho del matrimonio o unión, que crea la relación entre los cónyuges o miembros de la pareja, mientras que el elemento de aplicación determinante de las segundas es el hecho de la generación o, extendiéndonos a las disciplinas sobre técnicas de reproducción humana asistida, la determinación

---

10 STEDH, 6833/74, 13 giugno 1979, Caso Marckx, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374.; STEDH, 34406/97, 1 febbraio 2000, Caso Mazurek Contra Francia, ECLI:CE:ECHR:2000:0201JUD003440697.

del proyecto parental. De modo que el concepto de familia, en esta perspectiva, parece ser un concepto sin identidad propia y meramente resumidor del estatuto normativo de las relaciones horizontales y verticales.

La circunstancia de que las normas codificadas puedan resolverse esencialmente en normas horizontales y normas verticales, y por tanto en normas reguladoras de la relación entre cónyuges y normas reguladoras de la relación de filiación, no excluye sin embargo definitivamente la pertinencia del concepto de familia. No tanto con referencia a las normas sobre filiación, sino, sobre todo, con referencia a las normas que regulan la relación entre los cónyuges. Si bien es cierto que muchas de ellas están indisolublemente ligadas al hecho matrimonial, de modo que ni siquiera sería concebible una aplicación más allá del mismo matrimonio, no cabe duda de que existe una pluralidad de normas cuya aplicación debe prescindir del hecho matrimonial, como tal, por ser reguladoras de la esencia misma de la relación<sup>11</sup>. Basta considerar, a modo de ejemplo, las disposiciones sobre la igualdad en las relaciones de pareja, las normas relativas a la fidelidad en su sentido más amplio —que va más allá del aspecto meramente sexual—, las obligaciones económicas de cooperación y el deber de asistencia moral, así como las regulaciones que rigen la elección del estilo de vida familiar.

Además, no podemos olvidar que existen una pluralidad de normas especiales, así como normas contenidas en los demás Códigos y, en particular, en el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refieren genéricamente a la familia<sup>12</sup>. Aunque en un principio sólo pretendían referirse a la familia tal y como se conoce en el Código Civil y, por tanto, a la familia matrimonial, no cabe duda de que hoy en día deben encontrar una aplicación que se extiende más allá del matrimonio.

A ello hay que añadir que casi todas las Constituciones europeas contienen una norma sobre la protección de la familia, en la que, si prescindimos del singular y anómalo caso italiano, al que prometo volver, se limitan a garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia (véase, por ejemplo, el artículo 39.I de la Constitución española)<sup>13</sup>.

11 En este sentido, en referencia a la relación entre matrimonio unión civil entre personas del mismo sexo, claramente, PERLINGIERI, G.: “Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi”, en *Rassegna di Diritto Civile*, 2018, I, pp. 101-130, spec. P. 105 ss.

12 ZATTI, P.: “*Familia, Familliae* – Declinazione di un’idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione”, en *Familia*, 2002, pp. 337-351.

13 FERRER VANRELL, M. P., “La familia en la constitución.: Evolución del concepto de familia”, en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, I, n. 21, 2020, pp. 272-310.

Por último, el concepto está llamado a cobrar mayor relevancia en una perspectiva supranacional<sup>14</sup>, en la que existen normas que toman a la familia como elemento de aplicación y, en este sentido, baste pensar en el Art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>15</sup>, el Art. 33 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), normas en las que, tras aclarar que toda persona es libre de contraer matrimonio (art. 16.1 DUDH, art. 9 CDFUE y art. 12 CEDH), se establece, de todas formas, el derecho al respeto de la vida familiar<sup>16</sup> y se afirma la protección jurídica económica y social de la familia.

Aparte, pues, de las numerosas normas horizontales y verticales cuya aplicación no determina en absoluto el concepto de familia, existe un conjunto, aunque mínimo, de normas que podrían justificar la necesidad de un concepto unitario de familia y de un intento de identificar su elemento caracterizador.

### III. PROPUESTA DE CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONCEPTO DE FAMILIA.

De la lectura de las normas del llamado Derecho de familia resulta muy difícil identificar un criterio que permita identificar el concepto de “familia”<sup>17</sup> ya que, en muchos ordenamientos jurídicos, parece tratarse de un fenómeno cuya definición se basa sustancialmente en un hecho puramente formal, como es el matrimonio.

Así, el concepto de “familia” parece derivarse de la existencia del hecho formal del matrimonio y, por aproximación posterior, se ha considerado como tal a la denominada familia de hecho, es decir, aquella formación social que, aun sin

14 Sobre la importancia del Derecho supranacional, PRESNO LINERA, M. Á.: *El derecho europeo de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, *passim*, spec. cap. I.

15 DURÁN Y LALAGUNA, P.: “El concepto de familia en los organismos internacionales”, en AA.VV.: *La familia, paradigma de cambio social*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2008, pp. 409-426.

16 Cabe señalar que ya en 1979 el TEDH (STEDH, 13 de junio de 1979, n. 6833/74 Case Of Marckx V. Belgium - ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374) insistió en el concepto de vida familiar, permitiendo superar el binomio matrimonio-familia. V. PRESNO LINERA, M. Á.: *El derecho europeo de familia*, cit., cap. II, B, C, D. El autor, haciendo amplias referencias jurisprudenciales, aclara que la vida familiar se ha entendido de las siguientes formas: La vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la efectividad de la relación interpersonal; la vida familiar como resultado de la combinación entre la efectividad de la relación interpersonal y apariencia de familia; la vida familiar como resultado de la combinación entre el parentesco y la voluntad contrariada de establecer una relación.

17 Precisa OLIVA GÓMEZ, E.: “El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derecho de Familias o Derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.): *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias. Salamanca, 24, 25 y 26 de octubre de 2018*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1149-1162, que “la familia, multidisciplinariamente, puede ser conceptualizada desde las siguientes ópticas”: etimológica, sociológica, biológica, psicológica, axiológica, jurídica. En el mismo sentido, OLIVA GÓMEZ, E.; VILLA GUARDIOLA, V. J.: “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, en *Justicia Juris*, Vol. 10., 2014, I, pp. 11-20.

el vínculo formal del acto matrimonial, ha dado lugar a una comunidad de vida sustancialmente análoga a la típica del matrimonio.

Sin embargo, este criterio inicial, jurídico y normativo-sustantivo, resulta inadecuado cuando la atención se desplaza de la relación horizontal a la relación de filiación. Si se parte de la idea de que es necesaria una relación análoga a la típica del matrimonio, resulta difícil reconocer como familia a aquella formación social compuesta por un hijo o una hija y un progenitor soltero, sobre todo si este último lo es desde el principio y por propia elección.

El dato formal del matrimonio, así como el presunto dato sustancial de la llamada comunión material y espiritual de vida, entendida como el reparto integral de bienes, intereses, objetivos, emociones y valores entre los miembros de una colectividad, no me parece adecuado para definir lo que es la familia, pues parece pecar por exceso y, sobre todo, por defecto. Por exceso, porque permitiría incluir no sólo la familia poliamorosa, que no excluyo a priori y que de hecho me parece razonable incluir, sino sobre todo el caso de dos compañeros de piso. Por defecto, que es lo más relevante, ya que no permite incluir el caso de la familia monoparental, sobre todo si lo es desde el principio.

A la misma crítica, y quizás a una crítica aún más severa, se expone la tesis que querría identificar a la familia como aquella comunidad en la que existe una relación afectivo-sexual. Este criterio debe considerarse absolutamente inadecuado, pues sólo podría ser válido respecto de una relación horizontal, sin considerar que el dato sexual nunca puede ser un elemento determinante, ya que dejaría irremediabilmente fuera a una comunidad familiar compuesta por personas asexuales o abstinentes o demisexuales.

Tampoco puede ser útil el criterio biológico, según el cual el concepto de familia debe derivarse de la existencia de una relación de descendencia. Tal criterio no sólo es absolutamente inadecuado, porque nunca podría ser válido en las relaciones horizontales, respecto de las cuales, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la propia existencia de la relación de parentesco constituye un impedimento para la constitución formal del vínculo, sino porque también es inadecuado respecto de la filiación. De hecho, sólo se aplicaría a la filiación natural, mientras que excluiría el caso de la filiación adoptiva y todos los casos de filiación lograda por PMA heteróloga. Sin considerar que, en base al criterio biológico, dos hermanos o dos hermanas deberían considerarse siempre una familia.

Tampoco podría ser satisfactorio el recurso a un criterio afectivo, según el cual deberíamos considerar familia a la formación social regida por vínculos afectivos y de cuidado mutuo, incluso con independencia de los vínculos biológicos o jurídicos, ya que tal criterio, que constituye una repetición del criterio jurídico

sustantivo, es decir, del criterio basado en la existencia de la llamada comunión de vida material y espiritual, se expone a las mismas objeciones que hemos visto anteriormente. En este caso, la mera existencia de un vínculo de afecto y cuidado mutuo podría existir entre dos compañeros de piso, que, sin embargo, no podrían ser considerados una familia por esa sola razón.

Tampoco parece plenamente satisfactorio el criterio puramente social, según el cual la familia ha de considerarse como aquella formación social que, en un momento histórico y en un territorio determinados, es socialmente percibida como tal. Este criterio no puede ser plenamente satisfactorio, porque correría el riesgo de empañar la importante función promocional del Derecho, dejando la valoración jurídica absolutamente a la zaga del fenómeno puramente social. No cabe duda de que el hecho concreto y social, es importante en la interpretación del derecho, como tampoco puede obviarse la importancia del texto normativo y, especialmente, del sistema de principios y valores, que deben guiar la aplicación en función promocional. Además, si, por un lado, el criterio puramente social en la definición de la familia permitiría una continua adaptación del Derecho a la realidad social, por otro, puede conducir a una cierta inseguridad jurídica, ya que no es fácil, especialmente en referencia a una materia tan delicada como la familia, identificar aquellas comunidades que pueden ser consideradas como tales en la realidad social.

Excluida la posibilidad de utilizar el criterio jurídico, el criterio jurídico sustantivo, el criterio biológico, el criterio afectivo y el criterio puramente social, y excluida la posibilidad de proponer una tipificación legal<sup>18</sup>, que, por amplia que sea, siempre corre el riesgo de ser insuficiente, la posibilidad que queda es la de basarse en un criterio esencialmente funcional, válido para definir la familia, más allá de los criterios expresados anteriormente, en relación con su potencial histórico.

Asumiendo, como único hecho cierto, que la familia presupone una pluralidad de personas, por lo que es difícil considerar familia la unipersonal, y que, en lo que se refiere a la relación horizontal, la regla de dos sólo puede asumir relevancia a efectos de excluir la admisibilidad de determinados vínculos jurídicos formales (como el matrimonio o la unión civil), es necesario investigar cuál es el elemento que permite considerar familia a un determinado grupo de personas.

Cabe señalar que el concepto de familia no tiene carácter natural ni es inherente a la naturaleza del ser humano, que sólo siente la tendencial necesidad de garantizar

---

18 Esta fue, por ejemplo, la opción adoptada en España en el Proyecto de Ley de Familias nº 121/000011. Sobre el proyecto, entre otros, véase: RIBOT IGUALADA, J.: "El reconocimiento de la diversidad de modelos familiares en el proyecto de Ley de Familias", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, 2024, fasc. I (enero-marzo), pp. 217-250.

la continuidad de su propia especie<sup>19</sup> y a identificar la estructura organizativa capaz de hacerse cargo de las personas “pequeñas”. Si nos remontamos, de hecho, a los orígenes del concepto y consideramos, por ejemplo, los modelos de familia existentes en algunas de las poblaciones más primitivas<sup>20</sup>, es fácil ver que el nombre de familia se asigna a una estructura capaz de garantizar el cuidado de las personas pequeñas hasta que adquieran plena autonomía.

Sobre la base de esta consideración, para que exista una familia, sus miembros deben estar unidos por un vínculo afectivo<sup>21</sup>, y la formación social debe funcionar como una unidad social, económica y potencialmente educativa<sup>22</sup>, y así poder desempeñar o haber desempeñado en abstracto, aunque en concreto no pueda o no quiera hacerlo, la función de educación<sup>23</sup>, crecimiento y desarrollo de las personas en la infancia y la adolescencia.

Sobre la base de este modelo, más allá de las limitaciones que un ordenamiento jurídico pueda establecer con referencia a la accesibilidad al matrimonio o a la constitución de una unión formal, más allá de las normas que establecen el principio de monogamia formal, y más allá de todas las normas de orden público

- 
- 19 DEL MAR MARTÍN, M.: “Consideraciones sobre el concepto de familia en el derecho español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXV, 2009, pp. 421-438, spec. p. 429.
- 20 MATERA, V.: “L’antropologo: perché la famiglia naturale non esiste”, en *www.27esimaora.corriere.it*, (consultado el 10 de abril de 2024) da cuenta de algunas interesantes estructuras familiares: “fra gli Igbo della Nigeria, in caso di sterilità del marito, una donna è autorizzata a avere rapporti sessuali con un altro uomo, e i figli procreati saranno legalmente figli del primo (il padre sociale) e non del secondo (il padre biologico). Fra i Nuer del Sudan, come ha documentato il grande antropologo inglese Evans-Pritchard (*I Nuer. Un’anarchia ordinata*, 1948), è documentato il *matrimonio con il fantasma*, per cui, qualora un uomo muoia senza figli oppure prima di sposarsi, un fratello o un cugino può sposarsi con una donna in nome del defunto in modo che i figli siano legalmente figli del defunto. Sempre fra i Nuer, esiste il *matrimonio fra donne* (privo di connotazioni omosessuali): una donna sterile può contrarre matrimonio con un’altra donna, sceglierle un amante e i figli nati da questa unione saranno figli socialmente riconosciuti della donna-marito, membri del gruppo di quest’ultima. Ci sono anche i fratelli della madre chiamati “madri maschi” (Radcliffe-Brown) e le donne agiate Lovedu che cedono il loro bestiame per acquistare “mogli” e diventare così “padri” dei loro figli. Ancora, i Karembola del Madagascar considerano fratelli e sorelle la stessa cosa, e un uomo può così rivendicare la maternità di un bambino. Come gli uomini possono essere madri, le donne possono essere padri. Niente è impossibile nella parentela della procreazione”.
- 21 OLIVA GÓMEZ, E.: “El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derecho de Familias o Derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, cit., p. 1157, dice: “la familia, desde la perspectiva jurídica, la puedo identificar como el grupo humano primario, central, fundamental y piedra angular para la existencia y desarrollo armónico e integral de la persona en lo individual, así como para el desarrollo en general de la sociedad, grupo humano caracterizado por la existencia de elementos de identidad y comunión de vida que surgen por efectos jurídicos, naturales, afectivos o culturales, en los que los sentimientos, el amor y el cariño, la ayuda mutua y la protección recíproca son el común denominador y por el cual el vínculo se hace único, profundo e irrepetible”. OLIVA GÓMEZ, E.; VILLA GUARDIOLA, V. J.: “Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización”, cit., p. 17, “La Familia es el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socio-económica, que aún sin convivir físicamente, comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal”.
- 22 ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í.: “Sobre el concepto de familia: ¿Qué familia se protege en el artículo 39.1 de la Constitución Española?”, en LASARTE ÁLVAREZ, C.; DONADO VARA, A.; MORETÓN SANZ, F.; YAÑEZ VIVERO, F. (coord.): *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004, p. 47.
- 23 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. III *Situazioni soggettive*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, p. 339.



familiar; no cabe duda de que es posible identificar qué formación social debe, en todo caso, ser considerada una familia. Que lo es con independencia de su reconocimiento legal o potencial y por el mero hecho de ser una formación social basada en el cuidado personal y patrimonial, que funciona como unidad social, económica y potencialmente educativa. Además, la circunstancia de que una potencial función educativa sea necesaria y suficiente no excluye, por supuesto, que su aplicación concreta deba guiarse por el interés superior de niños, niñas o adolescentes (BBA), que es siempre el principio rector en esta materia.

La persona sola que cuida de un NNA, independientemente de que se trate de una hija o hijo biológico, adoptivo o social, o de un NNA de acogida, debe considerarse sin duda una familia. No menos, una pareja homoafectiva o heteroafectiva es una familia, incluso en ausencia de descendencia, e incluso si se forma en la vejez, al igual que una estructura poliamorosa y una familia reconstituida también deben considerarse una familia. A la inversa, dos compañeros de piso que se limitan a compartir gastos, aunque existan cuidados personales, no pueden considerarse una familia, al menos hasta que empiecen a funcionar como una unidad social, económica y potencialmente educativa. Más compleja, sin embargo, es la situación de dos hermanos o dos hermanas o dos parientes que viven juntos. El elemento discriminatorio es de nuevo la posibilidad de que el grupo funcione como una unidad social, económica<sup>24</sup> y potencialmente educativa. La mera existencia de un vínculo afectivo no es suficiente, aunque vaya acompañado de gastos compartidos y apoyo económico.

Del mismo modo, aunque la mayoría de los sistemas jurídicos europeos aceptan el principio de la monogamia formal, no cabe duda de que una familia poligínica o poliándrica también debe considerarse una familia, sobre todo si tenemos en cuenta que un sistema jurídico sólo puede prohibir la monogamia formal, pero no la monogamia sustantiva, que, como sabemos, es una realidad, aunque limitada, de nuestra sociedad contemporánea. Del mismo modo, una familia poliamorosa también debe ser considerada una familia, ya que la prohibición de la monogamia formal no puede impedir la convivencia de más de una persona en una relación familiar y, por tanto, la constitución de un cuidado personal y patrimonial que permita al grupo funcionar como una unidad social, económica y potencialmente educativa.

---

24 Cabe considerar las relaciones convivenciales de mutua ayuda, introducidas en Cataluña por la Ley 19/1998, y recogidas ahora en los arts. 240-1 a 204-7 CCCat. Aunque el Código no parece incluir estas relaciones en el ámbito familiar (cfr. art. 231-1 CCCat), hay argumentos que podrían llevar a considerar, sin embargo, que estas relaciones tienen carácter familiar. Por todos: POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, 3 ed., Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 357-361. Destacan que: “la finalidad de las relaciones convivenciales de ayuda mutua es esencialmente patrimonial ... sin que ello suponga excluir un cierto componente de tipo personal, que se manifiesta en la propia descripción de “ayuda mutua”, y que se entrevé en algunos de los preceptos que regulan la figura. ... ello, sin duda, justifica la inclusión de las relaciones convivenciales de ayuda mutua en el Libro II del CCCat”.

La interacción entre las tres dimensiones, social, económica y potencialmente educativa, es fundamental porque crea un entorno de cohesión favorable al desarrollo armónico de sus miembros. La integración efectiva de estas dimensiones proporciona apoyo emocional, recursos económicos estables y una educación potencialmente completa.

Es indispensable que exista un vínculo afectivo entre los miembros de la familia, lo que demuestra que, aunque la ley parece negar ciudadanía al sentimiento<sup>25</sup>, de modo que incluso el matrimonio parece prescindir de él, el concepto de familia, al igual que el de crianza, crecimiento y desarrollo de las personas en la infancia y la adolescencia, permite al derecho apropiarse de la esfera afectiva. Desde este punto de vista, el concepto de familia, así como propuesto, que sigue siendo un concepto jurídico y no metajurídico, porque procede del sistema normativo y debe volver a él, para sus aplicaciones positivas, hace compatibles el derecho y el sentimiento, demostrando, como ya ha aclarado Stefano Rodotà<sup>26</sup>, que las palabras “derecho” y “amor” pueden pronunciarse juntas.

El vínculo afectivo, que puede prescindir de cualquier requisito formal, debe, en cualquier caso, tener una base puramente voluntaria, en el sentido de que la constitución de la comunidad de afecto debe ser la expresión de una decisión libre y voluntaria.

Además, es necesario que la familia funcione como una unidad, es decir, no sólo debe existir un vínculo afectivo entre sus miembros, cooperación económica y potencial educativo, sino que sus miembros deben reconocerse a sí mismos como pertenecientes al grupo y ser percibidos externamente como pertenecientes a esta unidad. Este reconocimiento implica un sentimiento de pertenencia y de identidad compartida (lo que justifica en términos teóricos la posibilidad de predicar entre los miembros de la familia la existencia de un *status*, a saber, el *status familiae*), en el que cada miembro se sienta valorado y considerado parte integrante de la unidad. En resumen, para que la familia sea considerada como tal, se requiere una profunda integración de lazos afectivos, cooperación económica, función educativa potencial, sentido de pertenencia.

#### IV. PERSONA Y FAMILIA.

La noción de familia propuesta deja abierta una cuestión de gran importancia, que es la de la relación entre la familia, entendida como formación social, con las características que he intentado identificar, y cada persona.

---

25 Otra opción es el reciente Código de las Familias de Cuba, cuyo artículo 2.3 reza así: “Los miembros de las familias están obligados al cumplimiento de los deberes familiares y sociales sobre la base del amor, el afecto, la consideración, la solidaridad, la fraternidad, la coparticipación, la cooperación, la protección, la responsabilidad y el respeto mutuo”.

26 RODOTÀ, S.: *Diritto d'amore*, Laterza, Bari, 2015.

Las Constituciones políticas contemporáneas de Europa occidental, que suelen pertenecer al género de las constituciones escritas, rígidas, garantistas y largas, que reconocen y positivizan los derechos fundamentales y establecen mecanismos específicamente jurídicos para asegurar su protección también por parte del legislador y del Estado en general<sup>27</sup>, sitúan a la persona humana y a su dignidad en el vértice de su sistema axiológico. Los derechos fundamentales proclamados en las Declaraciones y Cartas de Derechos, con su valor político y programático, se sitúan dentro del Derecho positivo; pues, en la cúspide de la jerarquía de las fuentes del Derecho.

El reconocimiento de una formación social como familia no implica por sí mismo que merezca protección por parte del ordenamiento jurídico. La formación social y la persona no se encuentran en el mismo plano, ya que la persona humana y su dignidad constituyen el valor cúspide, y la familia, como formación social, merece protección en la medida en que garantiza el pleno desarrollo y desenvolvimiento de la persona humana<sup>28</sup>.

La circunstancia de que desde un punto de vista jurídico una formación social deba ser considerada como una familia no implica, por definición, que merezca una protección jurídica automática o una protección per se, ya que sólo merece protección en la medida en que permita a cada uno de sus miembros desarrollar y realizar su propia personalidad<sup>29</sup>.

Desde este punto de vista, es evidente que las llamadas relaciones horizontales deben basarse siempre en el principio de igualdad sustancial, ya que no puede tolerarse ninguna compresión o limitación que lesione la dignidad de alguno de sus miembros, ni siquiera por razones encaminadas a garantizar una pretendida unidad familiar; mientras que las llamadas relaciones verticales deben garantizar la realización del mejor interés de niñas, niños y adolescentes, con pleno respeto a su progresiva autonomía.

Estos principios no sólo son conformadores de la familia, sino también necesarios para que la familia obtenga protección jurídica, es decir, para que los poderes públicos le proporcionen protección social, económica y jurídica.

---

27 Por todos, PINO, G.: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 7 ss.

28 Por todos, PERLINGIERI, P.: "Il diritto del singolo quale appartenente al gruppo familiare", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1982, p. 72 ss.; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Vol. III Situazioni soggettive*, cit., p. 343 ss.

29 No es convincente RENDA, A. "Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio", en *Rivista di diritto civile*, 2014, 5, p. 1028 ss. cuando afirma que el matrimonio constituye una formación social que desempeña una función meritoria en sí misma. En abstracto, puede ser tan meritoria como cualquier otra familia, y la existencia del matrimonio no determina una valoración a priori positiva y favorable. Si esto fuera así, ni siquiera se explicaría la disciplina del divorcio, que marca la imposibilidad concreta de realizar esa presunta función social asignada al matrimonio.

Como elementos conformadores de la familia, su vulneración no sólo impide o menoscaba su reconocimiento y protección jurídica, sino que también constituye el presupuesto de la legítima injerencia del Estado en el seno de la familia, con medidas dirigidas a proteger a los miembros individuales cuya dignidad puede verse lesionada o incluso meramente puesta en peligro.

Si bien es indudable que la familia, como formación social, se basa en una organización autárquica, también es cierto que debe garantizar siempre, dentro de los límites que acabamos de describir, la dignidad de cada persona, de modo que, en caso de lesión o peligro de lesión, esté justificada incluso la intervención de los poderes públicos, con todas las precauciones necesarias.

Una definición jurídica de la familia, como la que hemos propuesto, no implica que todas las familias, es decir, aquellas formaciones sociales de las que pueda decirse concretamente que lo son, merezcan protección jurídica, del mismo modo que la definición de testamento o de contrato no implica que el ordenamiento jurídico deba otorgar protección jurídica a todos los testamentos y contratos concretos.

Si respecto de testamentos y contratos la situación es más sencilla, porque el legislador ha dado una definición de testamento y contrato y ha conformado sustancialmente ambos negocios jurídicos, en el caso de la familia la cuestión es de máxima complejidad, porque el legislador se ha limitado, en el supuesto originario que identificaba familia y matrimonio, a conformar sólo el matrimonio, sin describir ni conformar la familia.

La definición sirve, pues, para identificar a la familia, cuya protección debe garantizarse en la medida en que sea, en el caso concreto, merecedora de protección jurídica. El límite fundamental, conformador de la familia, reside en la protección de la persona y en el principio fundamental de que protege y reconoce una formación social en la medida en que es un lugar en el que cada persona humana puede desarrollar y desenvolver su personalidad.

Por esta razón, debe considerarse como un principio de orden público interno e internacional que siempre es posible garantizar la disolución de la familia cuando deja de ser un lugar de desarrollo y realización de la persona humana.

Por lo tanto, sería inaceptable una institución familiar jurídica o formal que no permitiera la posibilidad de su disolución, porque ello significaría afirmar la prioridad de la formación social sobre los miembros individuales. Un supuesto típico de los regímenes autoritarios que veían en la familia un instrumento para garantizar la perpetuación de las ideas del régimen y no un lugar para el desarrollo de la persona.

La llamada teoría institucional de la familia matrimonial<sup>30</sup>, que pretende reconocer un valor a la familia matrimonial como tal, y sólo a la familia matrimonial, contradice, pues, un principio de orden público interno e internacional.

La relación entre familia y miembro es también indispensable para dar una interpretación integral a todas aquellas normas que suelen referirse al interés familiar.

Esta locución, una vez superada toda forma y concepción institucional de la familia, en una perspectiva neoconstitucional, que sepa captar adecuadamente la relación entre la familia y sus miembros, y que sepa llevar a cabo adecuadamente la relación entre la familia y la persona humana, debe entenderse no en el sentido de que existe un interés superior a los individuos, que puede o debe imponerse a todos, que por otra parte es muy difícil de identificar, sino, por el contrario, que es preciso proteger a cada miembro de las decisiones arbitrarias de uno solo<sup>31</sup>.

Por tanto, el interés familiar no es otra cosa que el respeto de la dignidad de cada miembro de la familia, que debe participar en las decisiones más importantes, sin posibilidad de que nadie imponga su propia decisión arbitraria.

La relación entre familia y persona permite también una reinterpretación global de las normas relativas al ejercicio de la responsabilidad parental.

Se trata de una compleja relación jurídica no patrimonial que carece de una definición apriorística de su contenido<sup>32</sup> y cuyos derechos y obligaciones deben definirse en función del mejor interés y la progresiva autonomía de niñas, niños y adolescentes. Se trata de una dirección y orientación que sirve para compensar su falta de conocimientos, experiencia y comprensión y que debe ser proporcional a la evolución de sus capacidades, transformándose, a medida que adquieren autonomía, en simples recomendaciones y consejos, hasta convertirse en un verdadero intercambio en pie de igualdad.

---

30 En una perspectiva renovada, RENDA, A.: "Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio", cit., pp. 1025-1039 e più diffusamente, RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013, *passim*, spec. p. 425 s.

31 ROCA TRIAS, E.: "Familia, familias y derecho de la familia", en *Anuario del Derecho Civil*, 1990, 4, p. 1069 ss.

32 SENIGAGLIA, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", en *Giustizia civile*, 2019, I, p. 110: "Il rapporto giuridico va, quindi, dogmaticamente qualificato come patrimoniale o non patrimoniale guardando alla struttura della singolare relazione interpersonale; si che soltanto se la funzione del legame consiste nella formazione, nell'affermazione, nella valorizzazione dell'identità personale altrui – di talché l'obbligo si traduce nella cura, anche se sorretta da sacrifici economici – il rapporto andrà qualificato come non patrimoniale. In esso la "prestazione" non è quantitativamente determinata o determinabile, come, invece, deve esserlo nel rapporto obbligatorio, si da consentire, in ogni momento, la sua conversione in una somma di denaro, nonché, in ogni caso, la liberazione definitiva del debitore che non volesse o potesse adempiere".

Este enfoque no sólo respeta el principio del interés superior, sino que también promueve la autonomía progresiva, preparando a niños, niñas y adolescentes para convertirse en adultos responsables e independientes.

## V. DE LA FAMILIA A LAS FAMILIAS Y VUELTA.

En Derecho civil, cada vez que se observa una institución en su evolución jurídico-social, la necesidad de convertirla en plural parece casi irresistible. Después del célebre libro de Pugliatti sobre la propiedad, parece que ninguna institución jurídica puede escapar a esta fascinación.

La familia, por supuesto, no se ha quedado atrás y, de hecho, además de su posible declinación en plural, ha sido objeto de una representación geográfica, de modo que de la isla que el mar sólo puede bañar en lemolo<sup>33</sup>, hemos llegado al archipiélago<sup>34</sup>.

Cabe preguntarse si hoy en día debe y puede seguir hablándose de familias<sup>35</sup>, como parece proponerse por muchos autores<sup>36</sup> e incluso en legislaciones recientes, como el Código de las Familias de Cuba<sup>37</sup>, o si es necesario volver al singular.

Por muy fuerte que sea la tentación, y por mucho que, desde el punto de vista histórico, haber puesto el acento en el plural haya sido decisivo para dar mayor y más clara evidencia a modelos familiares<sup>38</sup>, distintos del matrimonial, creo que hoy ya no es necesaria la elección del sustantivo plural y que, por el contrario, es preciso volver e insistir en el uso del singular.

Nadie duda, y este escrito pretende ser una viva demostración de ello, que la familia que debe gozar de protección constitucional en modo alguno puede coincidir con la matrimonial, porque hay que negar que el criterio discrecional pueda ser el jurídico de vinculación formal.

33 JEMOLO, A. C.: "La famiglia e il diritto", en *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 241, véase, también, JEMOLO, A. C.: "La Costituzione: difetti, modifche, integrazioni", *Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 1966, ahora en ORNAGHI, L. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, p. 52

34 BUSNELLI, F. D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", en *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 509-529.

35 Así, OLIVA GÓMEZ, E.: "El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derechos de Familias o Derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", cit., p. 1162.

36 Entre otros, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: "Las fronteras del concepto jurídico de familia", cit., p. 2.

37 Por todos, los brillantes reflexiones de PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019", *Revista crítica de derecho privado*, 2021, 18, pp. 993-1028; PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial", *Revista de derecho privado*, n. 102, 2018, 4, pp. 93-125; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: "El Derecho familiar desde una perspectiva axiológica", en PÉREZ GALLARDO, L. B. y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), GARCÍA MAYO, M. (coord.)\_ *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2023, pp. 1123-138.

38 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El nuevo derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 101, la expresión Derecho de las Familias "implica la toma de posición frente a los esquemas tradicionales de los códigos decimonónicos según los cuales el derecho se ocupa, esencialmente, de un solo tipo familiar: el fundado en el matrimonio".

Existen otras muchas formaciones sociales que pueden y deben ser consideradas como familia, con todas las consecuencias que tal calificación conlleva tanto en lo que se refiere al reconocimiento jurídico, como a la protección asegurada por los poderes públicos.

Lo que constituye una gran variedad en la realidad actual no es la familia, cuyo concepto sigue siendo esencialmente unitario, sino la pluralidad de sus formas, es decir, la estructura creativa de la familia, que evoluciona constantemente.

El concepto de familia, tal como he intentado caracterizarlo, sigue siendo unitario, aunque en esta unidad es capaz de reunir en su seno todos los diferentes modelos posibles y plausibles.

Es necesario, por tanto, mantener una diferencia entre la familia, que es un concepto unitario y expresa en sí mismo un principio jurídico<sup>39</sup>, y los modelos familiares, que, en su pluralidad, expresan las variadas formas en que puede crearse una formación familiar<sup>40</sup>.

Lo que ha evolucionado y sigue evolucionando son las múltiples formas y configuraciones que puede adoptar la familia en la realidad social contemporánea. Esta diversidad de modelos familiares refleja la complejidad de la sociedad y de las relaciones humanas, reflejando una amplia gama de dinámicas familiares que van más allá del modelo tradicional de matrimonio.

En todos estos modelos de familia, el consentimiento y la voluntad adquieren cada vez más importancia, de modo que, en muchos círculos, aunque de forma provocativa, se utiliza el término contractualización<sup>41</sup> de la familia<sup>42</sup>, refiriéndose simplemente a la importancia de la voluntad en el momento constitutivo del grupo familiar.

---

39 MADRID RAMÍREZ, R. "¿Es el concepto jurídico de familia un principio general del Derecho?", en *Revista chilena de derecho*, Vol. 21, n. 2, 1994, pp. 245-257.

40 GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Construcción contractual de la familia", en GARCÍA RUBIO, M. P. (dir.) OTERO CRESPO, M. (dir.): *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona*, Colex, A Coruña, 2023, p. 445 s., resalta la importancia de la heterogeneidad familiar "expresión bajo la que se quiso comprender la realidad de que el hecho originador del grupo, su composición y la voluntad de las personas que lo conforman no es uniforme ni único"

41 SWENNEN, F.; CROCE, M.: "Family (Law) Assemblages: New Modes of Being (Legal)", en *Journal of Law and Society*, 2017, p. 532 ss., spec. p. 551 s., "The main virtue of the approach we call 'cont(r)actualization' lies in the fact that it programmatically moves away from the objectivism and/or functionalism of the alternatives described above. In a way that resonates with social theory perspectives denouncing the arbitrariness of approaches which conceive of social actors as appliers of supra-subjective schemes of action, cont(r)actualization takes law users to be semi-autonomous producers of meanings within interactional contexts. The prefix 'semi' linked with the term 'autonomous' intends to do justice to both the (semiotic) structure where social actors use both the law and their own semantic and law-generative force".

42 GARCÍA RUBIO, M. P. (dir.), OTERO CRESPO, M. (dir.): *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona*, Colex, A Coruña, 2023.

Preferir el sustantivo al singular permite centrar la atención en la esencia de la familia, más que en la forma concreta en que se constituye. Diferenciar entre la pluralidad del hecho generador y la unidad del concepto ayuda a comprender mejor el carácter comprensivo y universal de esta institución. Al reconocer esta unidad, podemos promover una visión integradora e inclusiva de la familia que respete y valore todas sus diferentes manifestaciones.

En conclusión, la pluralidad de modelos familiares enriquece y diversifica el panorama familiar, ofreciendo a las personas la oportunidad de expresar su identidad y vivir sus relaciones de formas diferentes y auténticas, pero no altera el concepto de familia como unidad afectiva, social, económica y potencialmente educativa. La variedad de sus formas refleja la complejidad y riqueza de la experiencia humana, pero no transforma el concepto de familia en una pluralidad de diferentes.

## VI. ¿ES CONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA?

La Constitución italiana, fruto, como es bien sabido, del compromiso de las diversas fuerzas políticas que se agitaron en la Asamblea Constituyente, contiene una definición de la familia en su artículo 29, en virtud de la cual: “la República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio”.

No cabe duda de que la citada disposición es fruto de la ideología de la época que, como he dicho, bajo la presión de las fuerzas católicas, había establecido una especie de equiparación entre familia y matrimonio, y en confirmación de ello en el mismo artículo 29, al tiempo que afirma que el matrimonio debe ordenarse sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, precisa que ello se hace dentro de los límites establecidos por la ley “para garantizar la unidad familiar”<sup>43</sup>.

La idea que se desprende de la Constitución italiana es clara: la familia es sólo la familia matrimonial, cuya unidad debe garantizarse incluso derogando el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges.

Por último, hay que señalar que, en la definición contenida en este artículo, el adjetivo “natural”, que acompaña al sustantivo “sociedad”, no tiene nada que ver, a pesar de algunas opiniones en sentido contrario, con una presunta naturalidad de las relaciones. Dicho de otro modo, no alude al hecho de que la única sociedad

43 Ofrece una lectura diferente, PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Vol. III Situazioni soggettive*, cit., p. 354, “l’unità diventa il più genuino strumento per l’attuazione del rispetto, pieno e integrale, della personalità dei coniugi, dei partners e della prole: il fondamento al quale ispirarsi per una interpretazione moderna delle esigenze e delle tutele del soggetto nell’ambito della comunità familiare”.



natural sea la formada por el hombre y la mujer. Para darse cuenta de ello, basta con leer las páginas del trabajo preparatorio, de las que se desprende que el adjetivo "natural" nunca tuvo esta función y sólo se introdujo para sustituir al adjetivo original "indisoluble"<sup>44</sup>.

La imagen de la familia que devuelve la Constitución italiana no es, obviamente, adecuada para la sociedad contemporánea, en la que los modelos familiares deben declinarse en plural, según las coordenadas que he tratado de trazar.

A este respecto, ha sido decididamente mejor la opción adoptada en las Cartas y Declaraciones de Derechos y en muchas otras Constituciones políticas europeas<sup>45</sup>, en las que no existe una definición de la familia<sup>46</sup>, sino sólo una norma que asegura genéricamente su protección económica, social y jurídica<sup>47</sup>.

44 La primera propuesta de texto constitucional, formulada por la Primera Subcomisión (30 de octubre-15 de noviembre de 1945), en materia de familia preveía dos artículos: uno dedicado a la familia y otro al matrimonio. Art. 1 "La familia es una sociedad natural y como tal el Estado la reconoce y protege sus derechos, con el fin de acrecentar la solidaridad moral y la prosperidad material de la Nación". Art. 2 "El matrimonio se fundamenta en el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, que tienen el derecho y el deber de criar, educar y formar a su prole. La ley regula el estatuto jurídico de los cónyuges, con el fin de garantizar la unidad de la familia".

Estas normas, que constituían un difícil compromiso alcanzado por Togliatti y Moro, fueron impugnadas por La Pira, que propuso una enmienda para introducir el principio de la indisolubilidad del matrimonio en el artículo 2. Art. 2 (enmendado por La Pira) "El matrimonio se basa en el principio de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, que tienen el derecho y el deber de criar, educar y educar a su prole. La ley regula el estatuto jurídico de los cónyuges para garantizar la *indisolubilidad del matrimonio* y la unidad de la familia". El principio de la indisolubilidad del matrimonio se mantuvo también en el texto que propuso la Comisión de los Setenta y Cinco (15 de enero de 1947), que formuló los dos textos siguientes: Art. 23 "La familia es una sociedad natural: la República reconoce sus derechos y asume su protección para el cumplimiento de su misión y para la solidez moral y prosperidad de la nación. La República asegura a la familia las condiciones económicas necesarias para su formación, defensa y desarrollo, con especial atención a las familias numerosas". Art. 24 "El matrimonio se funda en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges. La ley regulará su condición para garantizar la *indisolubilidad del matrimonio* y la unidad de la familia".

Por último, está la propuesta del Comité de Redacción, que, por primera vez, introduce un cambio en el texto que se había acordado: Art. 23 "La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio *indisoluble*. El matrimonio se ordena sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges dentro de los límites exigidos por la unidad de la familia".

45 FERRER VANRELL, M. P., "La familia en la constitución.: Evolución del concepto de familia", cit., p. 310, concluye che: "la estructura creadora de la familia está en continua y convulsa evolución social, es la "familia líquida" a la que el legislador constitucional manda proteger por parte de los poderes públicos. Por esto, las leyes en desarrollo del art. 39 CE determinarán, en cada momento, el ámbito su protección de la estructura generadora de la familia".

46 GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Construcción contractual de la familia", cit., p. 432, "en común opinión que la Constitución no delimita un solo tipo de familia, ni por su origen ni por su composición, de modo que el criterio es el de la flexibilidad, sí que es la ley positiva la encargada de concretar". MARTÍN VIDA, M. A.: "El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001, 4, pp. 405-420.

Por el contrario, en relación con el artículo 39 CE, afirma que la norma se refiere exclusivamente a la familia matrimonial, DEL MAR MARTÍN, M.: "Consideraciones sobre el concepto de familia en el derecho español", cit., p. 437 s. En una posición radical, basada en el derecho canónico, ALVAREZ PRIETO, L.: "Hacia un nuevo concepto de matrimonio y familia", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 60, n. 154, 2003, pp. 73-115, afirma que el artículo 39 CE sólo se refiere al matrimonio heterosexual.

47 Véanse, por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución española, según el cual el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia; el artículo 6 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, aunque se hace referencia al matrimonio; el artículo 8 de la Constitución Federal austríaca, en el que la familia se define, de manera más general, como una comunidad natural y social de hombres y mujeres; el artículo 104 de la Constitución noruega, según el cual la familia es la base de la sociedad y será protegida por el Estado; el artículo 21 de la Constitución griega, según el cual el Estado reconoce a la familia como base fundamental de la sociedad; el Art. 14 de la Constitución de Finlandia,

Afirmar que la definición de familia del artículo 29 de la Constitución italiana no se corresponde con la realidad social y jurídica italiana no es suficiente, si sólo se tiene en cuenta que se trata de una norma de rango constitucional y que, por tanto, asume una especial importancia en el sistema de fuentes.

Hay que preguntarse, pues, por paradójica que parezca la cuestión, si el artículo 29 de la Constitución es constitucionalmente legítimo.

Si tuviéramos que dar una respuesta afirmativa, tendríamos que concluir que en el ordenamiento jurídico italiano sólo existe la familia matrimonial. De ahí la alternativa: o bien el reconocimiento jurisprudencial de la familia de hecho y la ley sobre la pareja de hecho y la unión civil entre personas del mismo sexo son inconstitucionales, en la medida en que prevén otros modelos de familia, o bien estas leyes regulan formaciones sociales que no pueden considerarse una familia.

No hace falta ocultar que el último camino fue el que ingenuamente tomó la ley italiana sobre pareja de hecho y unión civil entre personas del mismo sexo, en la que se utiliza la expresión genérica “formación social”<sup>48</sup> y para evitar el uso del adjetivo “familiar” el legislador utiliza la expresión “vida en común”.

Esta ingenuidad no merece ningún crédito, ni vale la pena insistir en ella, ya que es indiscutible que tanto las parejas de hecho como las uniones civiles constituyen una familia.

Por tanto, vuelve con insistencia, la pregunta de si es constitucional el artículo 29 de la Constitución italiana.

Aunque desde un punto de vista estrictamente formal es bien sabido que ese supuesto constituye casi un imposible jurídico, no puede descartarse que sea indispensable una revisión inmediata y que en el diálogo entre los Tribunales internos y supranacionales<sup>49</sup> no se derogue el artículo 29 de la Constitución italiana.

---

según el cual la familia es la base de la sociedad y debe ser protegida por la ley; Art. 67 de la Constitución de la República Portuguesa, según el cual la familia, como base de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y a la solidaridad entre sus miembros; Art. 71 de la Constitución del Reino de Dinamarca, según el cual la familia es la base de la sociedad y el Estado debe crear las mejores condiciones posibles para la vida familiar; Art. 41 de la Constitución de Irlanda, según el cual el Estado reconoce a la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad y como un refugio tras el cual viven los derechos y deberes primarios de sus miembros, en particular de los niños; art. 62 de la Constitución de la República de Croacia, según el cual la familia, como comunidad natural y fundamental de la sociedad, goza de la protección del Estado.

48 Ésta es también la tesis respaldada por RENDA, A.: “Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio”, cit., p. 1027.

49 En este mismo diálogo sobre temas familiares, FREZZA, G.: “I “modelli” familiari”, en PERLINGIERI, P.; GIOVA S., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, pp. 413-429, spec. p. 426 ss. La definición propuesta por el TEDH de vida familiar, entendida como “saldi legami “personali” che si sostanziano in “effettività dei rapporti” esistenti tra i ricorrenti indipendentemente dalla qualificazione e dalla nozione di famiglia propria dei paesi aderenti”;

Desde un punto de vista puramente formal, las limitaciones que la Constitución italiana admite en relación con el artículo 10 CI, según el cual el ordenamiento jurídico se ajusta a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas, y en relación con el artículo 11 CI, también en conexión con el artículo 117 CI, en la parte en que admite limitaciones a la soberanía nacional, no parecen permitir la declaración de inconstitucionalidad de una norma constitucional. Por el contrario, el Tribunal Constitucional italiano ha tenido ocasión de afirmar que las normas del Derecho internacional convencional, de la Carta de Niza y del CEDH no constituyen un parámetro autónomo de constitucionalidad, sino que valen como complemento del control de constitucionalidad que debe realizarse sobre la base de las normas y principios fundamentales.

Sentada esta premisa de carácter puramente formal, no cabe duda de que, desde un punto de vista sustancial, las disposiciones del artículo 29 CI, en la parte en que parecen reducir el fenómeno de la familia exclusivamente al matrimonial<sup>50</sup> y, más aún, en la parte en que parecen situar la unidad de la familia por encima de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges y, en todo caso, establecer una suerte de graduación entre filiación matrimonial y no matrimonial, son fuertemente contrarias a lo que se ha llamado el “núcleo duro” de la Constitución y a los principios que pueden derivarse del Derecho convencional y supranacional.

Si bien puede discutirse el alcance que el concepto de familia tiene en la actualidad jurídica, ciertamente no puede negarse que la familia no es sólo la matrimonial y que este concepto no sólo contrasta con la realidad social e impide el progreso material y espiritual que el Derecho, con su función promocional, debe garantizar, sino que es contrario al mismo sistema legislativo que, en la última década, ha regulado fenómenos sociales que, por mucho que no se definan formalmente como familia, no dejan de serlo en lo sustancial.

Además, no debe pasarse por alto que limitar la definición de familia únicamente al matrimonio podría entenderse como una discriminación hacia otras formas de modelos familiares, vulnerando el principio de igualdad.

Además, limitar el reconocimiento de los derechos familiares únicamente a las familias basadas en el matrimonio podría considerarse una injerencia en los

---

requeriría una intervención del Tribunal Constitucional italiano, que, por el contrario, no se ha pronunciado expresamente.

50 Según LIPARI, N.: “Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 59, 2005, 3, pp. 715-728; LIPARI, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 91 ss., el artículo 29 CI debe leerse a la luz de la realidad social, de la que se deriva una prevalencia de la relación sobre el acto. En la p. 717 y ss. precisa “se si ricollegasse la società naturale all’atto del matrimonio, si finirebbe in concreto per negare ogni possibile significato proprio alla “naturalità” del rapporto. Se infatti dovesse operare l’asserita correlazione tra famiglia e matrimonio ... da un lato si attribuirebbe al legislatore un potere assoluto di incidenza sulla disciplina dell’atto matrimoniale, dall’altro si negherebbe radicalmente il concetto di società naturale, intesa come istituzione la cui crescita e il cui svolgimento non dipende dallo statuto giuridico che le assegna l’ordinamento”.

derechos individuales y la libertad de autodeterminación. Considérese, pues, que limitar la familia al matrimonio podría interpretarse como una negación de los derechos inviolables de las personas y, en particular, del derecho a la vida familiar, a la protección de la vida privada y a la seguridad social.

Por último, limitar el reconocimiento de la familia únicamente a las familias fundadas en el matrimonio podría interpretarse como una violación del artículo 8 del CEDH, que establece el derecho a formar una familia y a mantener relaciones familiares sin injerencias arbitrarias o innecesarias por parte del Estado.

No cabe duda de que el artículo 29 CI, que no se presta a ninguna interpretación correctora, aunque no pueda ser formalmente considerado inconstitucional, debido a los criterios de determinación del parámetro de constitucionalidad y al tecnicismo del mecanismo, es ciertamente una norma sustancialmente inconstitucional, es decir, una norma que ya no responde a los principios que se desprenden del Derecho convencional, tal como han sido interpretados por los Tribunales supranacionales.

Teniendo en cuenta, además, la inercia del legislador italiano, cuyo proceso reformista se encuentra sustancialmente paralizado, no cabe duda de que, una vez más, sería necesaria la intervención del Tribunal Constitucional, que a través del diálogo con los demás Tribunales supranacionales y, en particular, con el TEDH y el TJUE, podría revisar su orientación.

Sin derogar el principio de protección de la propia identidad constitucional, sería oportuno poder valorar la legitimidad constitucional de aquellas normas, incluso constitucionales, que no establecen principios identificadores del sistema y que son contrarias a esos mismos principios o a los que se deducen de la Carta Europea y de las Declaraciones de Derechos.

En una perspectiva que iría en esta dirección, que me parece la más inspirada por el diálogo entre los Tribunales, la norma del artículo 29 CI debe ser considerada inconstitucional.

## VII. CONCLUSIONES.

El término “familia” está indudablemente cargado de una fuerte vaguedad, ya que existe una zona gris de fenómenos respecto de los cuales es difícil establecer si pueden considerarse familia o no.

No obstante, un esfuerzo de definición sólo es útil, e incluso necesario, si el concepto puede ser útil y, por tanto, si existe al menos un estatuto normativo que pueda aplicarse y si de él pueden extraerse consecuencias concretas.

Un primer dato que justifica el esfuerzo definitorio está sin duda relacionado con el valor performativo del lenguaje jurídico, en la medida en que sirve para dar nombre a las cosas y, por tanto, para denotar su existencia.

Más allá de esta reflexión, si bien es cierto que muchas de las normas de los Códigos civiles sobre la familia se resuelven en normas reguladoras de las relaciones horizontales, esto es, entre cónyuges, y normas reguladoras de las relaciones verticales, esto es, entre progenitores e hijos e hijas, no cabe duda de que existen normas cuya aplicación debe prescindir del hecho matrimonial, sin olvidar que hay una pluralidad de normas especiales, además de otras contenidas en los demás Códigos que se refieren genéricamente a la familia.

A todo ello hay que añadir que en casi todas las Constituciones políticas europeas existe una norma sobre protección de la familia y que el concepto tiene relevancia supranacional, ya que en las Cartas y Declaraciones de Derechos más importantes se establece el derecho al respeto de la vida familiar y se afirma la protección jurídica económica y social de la familia.

Estos argumentos, encaminados a demostrar que el concepto de familia es necesario, han impulsado el esfuerzo reestructurativo de definir qué debe considerarse familia en la actualidad, dejando de lado el orden público y las normas prohibitivas, que tienen un valor contingente.

Descartada la posibilidad de utilizar el criterio jurídico, el criterio jurídico sustantivo, el criterio biológico, el criterio afectivo, el criterio puramente social o el criterio de tipificación jurídica, queda recurrir a un criterio que tiende a ser funcional. Así, se ha afirmado que la familia es una formación social en la que sus miembros están unidos por un vínculo afectivo, que funciona como unidad social y económica y potencialmente educativa, es decir que potencialmente desempeña o ha desempeñado, aunque en concreto no pueda o no quiera hacerlo, una función de crianza, crecimiento y desarrollo de las personas en la infancia y adolescencia.

Esta definición no significa que todas las formaciones que puedan denominarse familia puedan ser merecedoras de protección jurídica, porque es necesario que constituyan un lugar donde sus miembros puedan desarrollar, desenvolver y realizar su personalidad. Y sólo en la relación entre persona y familia puede aparecer esta última como merecedora de protección jurídica.

El hecho de que el concepto de familia pueda englobar una pluralidad de fenómenos variados obliga a cuestionar la utilidad de declinar el sustantivo en plural. A este respecto, creo que es importante distinguir entre la familia y las formas o modelos familiares. La pluralidad es propia de las formas, pero no de la familia. Por lo tanto, es necesario mantener una diferencia entre la familia, que es

un concepto unitario y expresa en sí mismo un principio jurídico, y los modelos de familia, que en su pluralidad reflejan la complejidad y la riqueza de la experiencia humana.

Partiendo de esta perspectiva, la elección de la Constitución política italiana, que en su artículo 29 define la familia como una “sociedad natural fundada en el matrimonio”, plantea un grave problema en cuanto a su validez actual o, mejor aún, a su constitucionalidad.

Aunque desde un punto de vista formal es muy difícil que el Tribunal Constitucional italiano declare la inconstitucionalidad de una norma constitucional, no cabe duda de que la norma es incapaz de expresar un principio rector, que crea una desigualdad, que no permite la afirmación del principio europeo y supranacional del respeto a la vida familiar. Por lo tanto, es de esperar que un diálogo entre los Tribunales sea útil para permitir al Tribunal Constitucional revisar su orientación y declarar la inconstitucionalidad de la norma, que no parece prestarse a ninguna interpretación correctora y merece ser expulsada, definitivamente del ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO QUIROZ, L. H.: "El concepto de familia hoy", *Franciscanum: revista de las ciencias del espíritu*, Vol. 53, n. 156, 2011, pp. 149-170.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, Í.: "Sobre el concepto de familia: ¿Qué familia se protege en el artículo 39.1 de la Constitución Española?", en LASARTE ÁLVAREZ, C; DONADO VARA, A.; MORETÓN SANZ, M.F.; YÁÑEZ VIVERO, F. (coord.): *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Sevilla, 2004, p. 47.

ÁLVAREZ PRIETO, L.: "Hacia un nuevo concepto de matrimonio y familia", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 60, n. 154, 2003, pp. 73-115.

AUSTIN, J. L.: *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1962

BUSNELLI, F. D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", en *Rivista di diritto civile* 2002, I, pp. 509-529.

CASTILLO, E.: "Evolución del concepto de familia desde la Constitución de 1991", *Vía Iuris*, 2022, 32, pp. 113-131.

CONSTABLE, M.: *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*, Princeton University Press, Princeton, 2005.

CROCE, M., "Quod non est in actis non est in mundo: Legal words, unspeakability and the same-sex marriage issue", en *Law & Critique*, 2015, p. 65 ss.

DEL MAR MARTÍN, M.: "Consideraciones sobre el concepto de familia en el derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXV, 2009, pp. 421-438, spec. p. 429.

DURÁN Y LALAGUNA, P.: "El concepto de familia en los organismos internacionales", en AA. VV.: *La familia, paradigma de cambio social*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2008, pp. 409-426.

ESBORRAZ, D. F.: "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*, n. 29, 2015, pp. 15-55.

FERRER VANRELL, M. P.: "La familia en la constitución.: Evolución del concepto de familia", en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, I, n. 21, 2020, pp. 272-310.

FREZZA, G.: "I modelli familiari", en PERLINGIERI, PIETRO; GIOVA STEFANIA, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, pp. 413-429.

GARCÍA RUBIO, M. P. (dir.), OTERO CRESPO, M. (dir.): *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona*, Colex, A Coruña, 2023

GAZZONI, F.: "La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata", en *Giustizia civile*, 1981, II, p. 261.

GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Construcción contractual de la familia", en GARCÍA RUBIO M. P. (dir.), OTERO CRESPO, M. (dir.): *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona*, Colex, A Coruña, 2023, p. 445 s.

GOODRICH, P.; CARLSON, D. G.: *Law and the Postmodern Mind: Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998.

JEMOLO, A. C.: "La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni", *Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 1966, ahora en L. ORNAGHI (a cura di), *La Costituzione della Repubblica*, Milano, 1996, p. 52

JEMOLO, A. C.: "La famiglia e il diritto", en *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 241.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: "El Derecho familiar desde una perspectiva axiológica", en PÉREZ GALLARDO, L.B y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del nuevo Código de las familias de Cuba)*, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2023, pp. 1123-138.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El nuevo derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010

LIPARI, N.: "Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 59, 2005, 3, pp. 715-728.

LIPARI, N.: *Le categorie del diritto civile*, Giuffré, Milano, 2013.

MADRID RAMÍREZ, R.: "¿Es el concepto jurídico de familia un principio general del Derecho?", en *Revista chilena de derecho*, Vol. 21, n. 2, 1994, pp. 245-257.



MARTÍN VIDA, M. A.: "El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001, 4, pp. 405-420.

MATERA, V.: "L'antropologo: perché la famiglia naturale non esiste", en [www.27esimaora.corriere.it](http://www.27esimaora.corriere.it), (consultado el 10 de abril de 2024).

OLIVA GÓMEZ, E.: "El tránsito del concepto de Derecho de Familia al concepto de Derecho de Familias o Derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en LLAMAS POMBO, E. (coord.): *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca: libro de ponencias. Salamanca, 24, 25 y 26 de octubre de 2018*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1149-1162.

OLIVA GÓMEZ, E.; VILLA GUARDIOLA, V. J.: "Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización", en *Justicia Juris*, Vol. 10., 2014, 1, pp. 11-20.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial", en *Revista de derecho privado*, n. 102, 2018, 4, pp. 93-125.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "El principio de pluralidad familiar en la Constitución cubana de 2019", *Revista crítica de derecho privado*, 2021, 18, pp. 993-1028.

PERLINGIERI, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", en *Rassegna di Diritto Civile*, 2018, 1, pp. 101-130.

PERLINGIERI, P.: "Il diritto del singolo quale appartenente al gruppo familiare", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1982, p. 72 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Vol. III Situazioni soggettive*, 4 ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020.

PINO, G.: *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010.

POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de familia*, 3 ed., Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 357-361.

PRESNO LINERA, M. Á.: *El derecho europeo de familia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

PROSPERI, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980.

RENDA, A.: "Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio", en *Rivista di diritto civile*, 2014, 5, pp. 1025-1039.

RENDA, A.: *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano, 2013.

RIBOT IGUALADA, J., El reconocimiento de la diversidad de modelos familiares en el proyecto de Ley de Familias, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVII, 2024, fasc. I (enero-marzo), pp. 217-250.

ROCA TRIAS, E.: "Familia, familias y derecho de la familia", en *Anuario del Derecho Civil*, 1990, 4, p. 1069 ss.

RODOTÀ, S.: *Diritto d'amore*, Laterza, Bari, 2015.

RODRÍGUEZ SUMAZA, C.; LUENGO RODRÍGUEZ, T.: "Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales", *Revista de sociología, Papers* 69, 2003, pp. 59-82.

ROSS, A.: "Tû-Tû", en *Harvard Law Review*, 70 (5), 1957, pp. 812-825.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: "Las fronteras del concepto jurídico de familia", en *Diario La Ley*, n. 6127, 15 de noviembre de 2004, pp. 1-7.

SEARLE, J. R. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge 1969.

SENIGAGLIA, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", en *Giustizia civile*, 2019, I, p. 110

SWENNEN, F.; CROCE, M.: "Family (Law) Asemblages: New Modes of Being (Legal)", en *Journal of Law and Society*, 2017, p. 532 ss.

SWENNEN, F.; CROCE, M.: "The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of 'Co-motherhood' and 'Duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands", en *Socials & Legal Studies*, 2016, p. 181 ss.

TRABUCCHI, A.: "I principi generali della riforma del diritto di famiglia", en AA. Vv., *La riforma del diritto di famiglia, Atti del I Convegno di Venezia*, Padova, 1967, p. 11

TRABUCCHI, A.: "Natura Legge Famiglia", en *Rivista di diritto civile*, 1977, I, p. 1 ss.

ZATTI, P.: "*Familia, Familiae* – Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione", en *Familia*, 2002, pp. 337-351.



IMPUESTOS Y FAMILIA: IMPACTO DE LA TRIBUTACIÓN  
DE IMPUESTOS QUE SÓLO PAGAN LAS MUJERES EN LAS  
FAMILIAS EN CONDICIONES PRECARIAS. PREVENCIÓN  
DEL DAÑO

*TAXES AND FAMILY: IMPACT OF GENDERED TAXATION ON  
ECONOMICALLY VULNERABLE FAMILIES*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 172-195*



Graciela  
MEDINA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 19 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** En este estudio buscamos demostrar que gravar el IVA sobre productos destinados a la gestión menstrual de las mujeres es discriminatorio. Para ello, empezaremos definiendo el concepto de “impuesto menstrual” y enumerando las diferentes maneras en que se le denomina. Abordaremos la importancia del tema y luego expondremos las razones que respaldan nuestra postura de que este impuesto debe ser eliminado, además de examinar críticamente las objeciones y proporcionar respuestas a las mismas. Antes de llegar a las conclusiones, nos proponemos analizar las políticas fiscales y tributarias a nivel internacional y en Argentina, con el fin de entender cómo contribuyen a perpetuar o cambiar las dinámicas de equidad familiar y promover una sociedad más igualitaria.

**PALABRAS CLAVE:** Impuestos; equidad de género; mujeres; familia; prevención del daño.

**ABSTRACT:** *This paper aims to demonstrate the discriminatory nature of value-added tax (VAT) on menstrual products used by women. It begins by defining “menstrual tax,” listing its various terms, and highlighting the importance of the issue. The paper then presents reasons advocating for the elimination of this tax, along with critiques of these arguments and responses to objections. Additionally, it analyzes international and Argentine fiscal and tax policies to understand their role in perpetuating or changing dynamics related to family equity and the promotion of a more egalitarian society.*

**KEY WORDS:** *Tax; gender equality; women; family; damage prevention.*

**SUMARIO.**- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ORGANIZACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO.- III. FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN DEL DAÑO.- IV. ¿QUÉ ES EL IMPUESTO AL TAMPÓN?.- V. DENOMINACIONES. SU SENTIDO.- VI. RELEVANCIA DEL TEMA.- VII. RAZONES PARA EXIMIR DE IMPUESTOS A LOS “PRODUCTOS PARA LA GESTIÓN MENSTRUAL”.- VIII. DAÑO A LA SALUD DE LAS MUJERES.- IX. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS DADOS PARA EXIMIR DE IMPUESTOS A LOS “PRODUCTOS PARA LA GESTIÓN MENSTRUAL”.- X. REPLICA A LAS CRÍTICAS.- XI. DERECHO COMPARADO.- I. Kenia.- 2. Australia.- 3. India.- 4. Malasia.- 5. Bután.- 6. USA.- 7. México.- 8. Colombia.- 9. Unión Europea.- 10. Francia.- 11. Alemania.- 12. Reino Unido.- 13. Italia.- 14. Argentina.- A) Descripción de la situación en Argentina.- B) Estado de situación de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación Argentina.- XII. CONCLUSIÓN.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

El objeto de este trabajo es, examinar el impacto que el impuesto sobre los productos menstruales tiene sobre las familias en condiciones precarias y sobre la dignidad de las mujeres.

Tratamos el tema porque creemos firmemente que el impuesto sobre los productos de higiene femenina no solo representa una carga financiera adicional para las familias precarias, sino que también refleja desigualdades de género en el sistema tributario y puede tener impactos negativos en la salud, la educación y el empleo de las mujeres y niñas.

Estamos convencidos que el impuesto sobre los productos de higiene femenina, como los tampones, es regresivo, lo que significa que afecta de manera desproporcionada a las personas de bajos ingresos o a las familias en situación precaria.

Creemos que los productos de higiene femenina son necesidades básicas para las mujeres en edad reproductiva, y el impuesto sobre los tampones añade una carga financiera adicional a las familias que ya luchan por llegar a fin de mes. Esto puede significar tener que destinar una parte mayor de su presupuesto a productos de higiene.

Es necesario poner de relevancia que, para las familias en situación económica precaria, cada centavo cuenta. El costo adicional debido al impuesto puede llevar a que algunas mujeres o familias no puedan permitirse comprar suficientes productos de higiene femenina, lo que puede tener consecuencias negativas para la salud y la calidad de vida de las mujeres y niñas.

• **Graciela Medina**

Catedrática de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires.  
Correo electrónico: graciela1956@gmail.com.

Creemos que, si las mujeres no pueden permitirse comprar suficientes productos de higiene femenina, pueden recurrir a alternativas menos higiénicas o reutilizar productos por más tiempo del recomendado, lo que aumenta el riesgo de infecciones y otros problemas de salud.

Ponemos de relevancia que, para las jóvenes en edad escolar, la falta de acceso a productos de higiene femenina puede afectar su asistencia a la escuela y su capacidad para concentrarse en sus estudios durante su período menstrual. Esto puede tener un impacto negativo en su rendimiento académico y su desarrollo educativo a largo plazo.

En resumen, el impuesto sobre los productos de higiene femenina puede exacerbar las dificultades financieras y los desafíos de acceso que enfrentan las familias precarias, lo que afecta negativamente la salud, el bienestar y las oportunidades educativas de las mujeres y niñas en estas comunidades.

Estamos convencidos que una manera de prevenir el daño que sufren las familias y las mujeres, debido a su condición de tener útero y menstruar, radica en eximir del pago de impuestos el consumo de productos para gestionar la menstruación de manera segura para su salud física, mental, y económica.

Consideramos que los impuestos son un potente motor tanto para impulsar actividades como para desincentivarlas.

En ese orden de ideas sostenemos que los sistemas impositivos no son neutrales en términos de género, ya que reflejan una concepción específica de la organización social. Esto repercute en quién soporta la carga fiscal, afecta a la seguridad económica, a los ingresos tanto de las mujeres como de sus familias y a su integración en el mercado laboral<sup>1</sup>.

Pensamos que los diseños fiscales pueden, de manera más o menos directa, perpetuar e incluso reforzar la desigualdad de género, especialmente en el ámbito económico de las familias en situación precaria.

En este sentido creemos que los gastos asociados con el uso de toallas, tampones y copas menstruales representan una carga económica adicional para las mujeres y sus familias.

Destacamos que, dadas las disparidades de género en el mercado laboral, donde las mujeres tienen menores tasas de participación, salarios más bajos y mayores niveles de desempleo, así como empleos más precarios, es común que

---

<sup>1</sup> ALFANO, R.: "International and European taxation policies and gender discrimination", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19 bis, noviembre 2023, pp. 230-251.

estén sobrerrepresentadas en hogares de bajos recursos. Esta situación plantea obstáculos significativos para acceder a los productos de gestión menstrual (en adelante: PGM), lo que tiene repercusiones dañinas en sus vidas diarias. Y es precisamente este daño la familia el que creemos que se puede ayudar a prevenir mediante la eliminación del impuesto sobre los productos menstruales.

Estimamos que las barreras económicas para obtener PGM afectan la salud, la educación y el empleo de las mujeres. A menudo se ven obligadas a faltar a la escuela o al trabajo, renunciar a actividades deportivas o recreativas, e incluso recurrir a métodos poco higiénicos para manejar su menstruación, como el uso de trapos o materiales no adecuados.

Advertimos que esta situación de "pobreza menstrual" producen daños a la familia en situación precaria que pueden ser evitados suprimiendo impuestos que gravan elementos imprescindibles para la mujer menstruante

Pensamos que los tabúes en torno a la menstruación pueden obstaculizar el acceso a estos derechos fundamentales, lo que subraya la importancia de fortalecer la educación sexual y reproductiva y garantizar el acceso a PGM mediante una supresión de la carga impositiva como una forma de prevenir el daño a la salud y a la economía familiar.

## II. LA ORGANIZACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO.

En este trabajo proponemos comenzar por explicar brevemente la función del Estado en la prevención del daño, especificar que se entiende por "impuesto al tampón", reseñar las diferentes denominaciones que recibe, determinar la importancia del tema, para luego dar las razones que nos llevan a sostener que este gravamen debe ser suprimido, así como también las observaciones realizadas a esos fundamentos y las réplicas a estas objeciones.

Antes de llegar a las conclusiones nos proponemos analizar las políticas fiscales y tributarias a nivel internacional y argentino para comprender cómo contribuyen a la perpetuación o el cambio de las dinámicas en la equidad familiar en la promoción de una sociedad más igualitaria.

Finalmente ensayaremos algunas conclusiones.

## III. FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA PREVENCIÓN DEL DAÑO.

El art. 1708 del Código Civil y Comercial establece la función preventiva del daño, detallando en el art. 1710 una serie de deberes que recaen sobre todas las personas. Estos deberes incluyen: a) evitar causar daño a otros, b) tomar medidas para prevenir daños o reducir su alcance, y c) evitar que los daños existentes



empeoren. Es importante destacar que estas obligaciones se aplican a todas las personas, incluido el Estado, en la medida de sus capacidades.

En este sentido, el Estado, al ser reconocido legalmente como una persona jurídica, también está sujeto a estos deberes de prevención del daño. En este contexto, es imperativo que el Estado cumpla con su obligación de mejorar las condiciones de las familias en situación precaria, especialmente eliminando impuestos que solo agravan la situación de las mujeres. Según el art. 1708 del Código Civil y Comercial, que establece la función preventiva del daño, y el art. 1710 que detalla una serie de deberes que recaen sobre todas las personas, incluido el Estado, en la medida de sus capacidades, es esencial reconocer que estas obligaciones se extienden a todas las entidades legales, incluyendo al Estado.

En este sentido, el Estado, al ser reconocido legalmente como una persona jurídica, también está sujeto a estos deberes de prevención del daño. Esto implica que el Estado tiene la responsabilidad de tomar medidas adecuadas para evitar causar daños injustificados a los individuos o a la sociedad en su conjunto. Además, el Estado debe asegurarse de que se tomen las acciones necesarias para prevenir daños futuros y mitigar los efectos de los daños ya existentes.

Por ejemplo, el Estado tiene la obligación de implementar políticas y regulaciones que protejan el medio ambiente, promuevan la seguridad pública y salvaguarden los derechos humanos. Además, el Estado también debe garantizar que sus funcionarios y agentes actúen de manera responsable y tomen las medidas adecuadas para prevenir daños en el ejercicio de sus funciones.

En resumen, el Estado, al ser una persona jurídica reconocida por la ley, está obligado a cumplir con los deberes de prevención del daño establecidos en el Código, tanto para proteger a los ciudadanos como para promover el bienestar general de la sociedad. Esto incluye la eliminación de impuestos que agravan la situación de las mujeres en situación precaria, demostrando así su compromiso con la equidad y el bienestar de todos los ciudadanos.

#### **IV. ¿QUÉ ES EL IMPUESTO AL TAMPÓN?**

Cuando hablamos del *Impuesto al Tampón*, nos referimos al Impuesto al Valor Agregado (IVA) que se aplica a los productos utilizados para la higiene menstrual, como toallas sanitarias y tampones, así como a alternativas más ecológicas como la copa menstrual o toallas lavables.

Es necesario señalar que ninguno de estos productos puede considerarse como artículo de lujo; este primer punto es importante para determinar su gravamen, que varía según los diferentes países del mundo.

La mayoría de los países aplican impuestos a los productos sanitarios que oscilan entre el 5% y el 25%, lo que supone una carga para una parte importante de la población por razones fuera de su control.

Lo cierto es que gravar estos productos de primera necesidad, como si se tratara de una corbata, lo único que hace es contribuir, tanto a la “pobreza menstrual”<sup>2</sup>, como a la “desigualdad de género” y en nada contribuye a la salud de las mujeres, ni a su economía y mucho menos a su dignidad.

El *Impuesto sobre los Tampones* ha sido ignorado durante mucho tiempo y, aunque la opinión pública ahora está más activa en el tema, todavía es en gran medida desconocido para muchos países del mundo.

## V. DENOMINACIONES. SU SENTIDO.

Cabe señalar que “impuesto menstrual” es una expresión global, que identifica a los impuestos generales de venta, el valor añadido (IVA) y otros impuestos que puedan gravar PGM (PGM) como las toallas, tampones y copas.

Otra forma de llamarlo es “Impuesto al período”<sup>3</sup> o “impuesto rojo” o “Impuesto a la sangre”<sup>4</sup>.

Preferimos denominarlo como “impuesto al tampón” porque así fue conocido desde el inicio de las campañas para su eliminación en la esfera angloparlante,

Las distintas expresiones, ya sea, el “impuesto menstrual” o el “impuesto al tampón” o el “impuesto al periodo” se utilizan a modo de protesta por grupos que reclaman que estos insumos cuenten con la misma exención de impuestos que otros considerados de primera necesidad.

## VI. RELEVANCIA DEL TEMA.

Creemos que el tema tiene relevancia porque cada día, hay más de 300 millones de mujeres en todo el mundo que están menstruando<sup>5</sup>.

2 Según la ONU La pobreza menstrual consiste en no poder comprar productos como compresas, tampones o copas menstruales por la falta de recursos económicos de las familias es lo que se denomina ‘pobreza de periodo’ o ‘pobreza menstrual’, una realidad que afecta a una de cada cinco niñas en el mundo. <https://news.un.org/es/story/2023/05/1521412> consultado el 20 de marzo del 2024.

3 <https://www.periodtax.org/why-scrap-taxes.html> Consultado el 20 de marzo del 2024.

4 India elimina impuesto sobre toallas higiénicas femeninas. Diario La Nación <https://lanacionweb.com/internacional/india-elimina-impuesto-sobre-toallas-higienicas-femeninas/> Consultado el 14 de marzo del 2024.

5 “El alto costo de ser mujer” <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/10/23/el-alto-costo-de-ser-mujer-en-el-mundo-en-desarrollo> consultado el 15 de marzo de 2024.

Se estima que en nuestro planeta dos de cada cinco niñas en edad de menstruar pierden un promedio de cinco días escolares al mes por no tener las instalaciones necesarias en las escuelas. El no tener acceso a baños adecuados o a PGM son algunos de los agravantes detrás del ausentismo en el trabajo o del abandono escolar en las niñas, jóvenes y mujeres.

Esta situación empuja o perpetúa cada vez más a las mujeres hacia la pobreza y conlleva a que múltiples organizaciones internacionales se ocupen del tema.

En este sentido la cuestión del “Impuesto al tampón” es abordado por el Banco Mundial, la ONU, Unicef y el Parlamento Europeo entre otras organizaciones las que coinciden en señalar que el impuesto al periodo debe ser suprimido.

Sobre el tema el Banco Mundial<sup>6</sup> subraya que “Invertir en una buena gestión de la higiene menstrual para permitir que las mujeres y las niñas alcancen su máximo potencial es una medida crítica para construir el capital humano de una nación a lo largo del tiempo”<sup>7</sup>.

Cabe aclarar que higiene menstrual según UNICEF, significa “utilizar un material de control menstrual limpio para absorber o recolectar la sangre menstrual, poder cambiarse en privado con la frecuencia necesaria, usar agua y jabón para lavarse el cuerpo según sea necesario y tener acceso a instalaciones seguras y convenientes para desechar los materiales usados para el control menstrual”. Además, supone “entender los hechos básicos relacionados con el ciclo menstrual y cómo manejarlo con dignidad y sin molestias ni miedo”.

Por su parte la ONU informa que “La salud e higiene menstruales deficientes menoscaban los derechos fundamentales de las mujeres, las niñas y las personas que menstrúan, como el derecho a trabajar e ir a la escuela”<sup>8</sup>.

Todos los organismos internacionales coinciden que el “Impuesto al tampón” agrava las desigualdades sociales y económicas y aumenta, la insuficiencia de recursos para gestionar la menstruación, contribuyendo a socavar la dignidad humana, empeorando la situación de las familias de menos recursos.

No podemos dejar de advertir que la pobreza menstrual, o la incapacidad de permitirse productos para la higiene íntima femenina, es un problema grave,

---

6 Cynthia Flores | Banco Mundial El alto costo de ser mujer en el mundo en desarrollo <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/10/23/el-alto-costo-de-ser-mujer-en-el-mundo-en-desarrollo> Consultado el 22 de marzo del 2024.

7 Lo que hasta ahora era considerado un tema de higiene íntimo ya no lo es. No es de higiene, porque las mujeres no están sucias cuando menstrúan (de allí que muchas expertas usen las palabras de “gestión menstrual”).

8 <https://news.un.org/es/story/2023/05/1521412> consultado el 22 de marzo del 2024.

especialmente en los países en desarrollo, con el que las niñas y mujeres tienen que lidiar cada mes, y por ello es un tema destacado en el Día de la Higiene Menstrual, que se celebra anualmente el 28 de mayo.

Teniendo esto en cuenta, el lema del Día de la Higiene Menstrual del año 2024 es “Hacer de la menstruación un hecho normal de la vida para 2030”<sup>9</sup>.

En última instancia, dado que las medidas impositivas sobre los insumos menstruales afectan a una población tan vasta, aproximadamente 1800 millones de mujeres en edad menstruante, lo que representa el 26% de la población mundial, y considerando que estas mujeres utilizan dichos productos de dos a siete días por mes en promedio, resulta imperativo abordar este tema desde la perspectiva de las ciencias jurídicas. Es esencial comprender y estudiar esta problemática para prevenir daños futuros.

Anticipamos que para nosotros -como para gran parte de la doctrina y la totalidad de las organizaciones internacionales de derechos humanos- la eliminación del impuesto sobre el valor agregado (IVA) de estos productos es fundamental para garantizar una mayor igualdad de género y evitar impactos negativos en la economía de las familias y las mujeres menstruantes. Además, esta medida facilitaría el acceso a estos productos para los sectores más empobrecidos, lo cual es crucial para su bienestar.

Es crucial resaltar la situación de las familias en situación precaria al discutir sobre los productos destinados a la higiene menstrual femenina, ya que estos hogares a menudo enfrentan dificultades financieras significativas. Estos productos son necesarios para gestionar un proceso natural e inherente biológicamente, como lo es la menstruación. En muchas de estas familias, cada centavo cuenta, y el costo de los productos de higiene menstrual puede representar una carga financiera adicional difícil de sobrellevar. Por lo tanto, desde una perspectiva jurídica, estos productos deberían ser considerados como exentos de impuestos o sujetos a un IVA reducido.

Esta medida sería especialmente beneficiosa para las familias en situación precaria, ya que ayudaría a aliviar la presión económica que enfrentan. Al reducir la carga económica asociada con estos productos, se les brindaría un alivio financiero necesario, permitiéndoles destinar recursos a otras necesidades básicas. Además, garantizaría que todas las mujeres, independientemente de su situación económica, puedan acceder a los productos de higiene menstrual que necesitan para mantener su salud y bienestar.

---

9 Fondo de Población de las Naciones Unidas <https://www.unfpa.org/es/events/dia-de-la-higiene-menstrual> consultado el 22 de marzo de 2024.

Reconocer y abordar esta cuestión desde una perspectiva jurídica es fundamental para prevenir cualquier daño futuro y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres en todas las esferas de la vida. En última instancia, esta acción contribuiría significativamente a hacer realidad el derecho de las mujeres a vivir una vida digna y promover la igualdad de género en la sociedad, especialmente dentro de las familias en situación precaria.

## VII. RAZONES PARA EXIMIR DE IMPUESTOS A LOS “PRODUCTOS PARA LA GESTIÓN MENSTRUAL”.

Los argumentos principales a la hora de proponer la exención de impuestos de los PGM (PGM) son:

1. *Igualdad de género*: Las personas que los requieren no eligen menstruar, por lo que el tema debería abordarse desde la perspectiva de los derechos humanos, y reducir o eliminar los impuestos sobre los productos que se usan en ese período, ayudaría a garantizar la igualdad de género<sup>10</sup>.

2. *Los impuestos menstruales son discriminatorios*: La menstruación es una función física, no una elección. Los impuestos menstruales son discriminatorios porque efectivamente gravan a las mujeres y niñas que no tienen más opción que comprar productos menstruales simplemente... porque menstrúan.

3. *Argumento económico*: La revocación del IVA devendría en la reducción del precio de los insumos, lo que aliviaría la carga económica de las mujeres, a la vez que permitiría que más consumidoras, que hasta ese momento se privaban de ellos por el precio, pudieran adquirirlos.

4. *Aumenta la “pobreza menstrual”*: El fenómeno conocido como “pobreza menstrual” está en aumento. Este término hace referencia a la falta de acceso a productos menstruales y a condiciones higiénicas adecuadas durante el período menstrual, todo ello debido a limitaciones económicas. Ya señalamos que esta carencia puede manifestarse de diversas maneras, como la imposibilidad de comprar toallas sanitarias, tampones u otros productos menstruales debido a su elevado costo, lo que lleva a las personas a recurrir a alternativas inseguras o insalubres, como trapos viejos, papel higiénico u otros materiales improvisados.

Es esencial que los productos menstruales sean accesibles para todas las mujeres y niñas, y una forma de mejorar su accesibilidad es reducir o eliminar los impuestos sobre ellos.

---

10 MELO, M<sup>a</sup>. F.: “La gestión menstrual sin impuestos en el mundo”. Statista. <https://es.statista.com/grafico/30064/paises-que-redujeron-o-eliminaron-impuestos-para-productos-de-gestion-menstrual/> 24 de marzo de 2024.

La propuesta de eliminar el impuesto al IVA no es una simple ocurrencia, sino que busca contribuir a poner fin a la pobreza menstrual. Esto evitaría que las mujeres se vean en la situación de tener que elegir entre alimentarse o adquirir un artículo necesario para una menstruación digna.

### **VIII. DAÑO A LA SALUD DE LAS MUJERES.**

La falta de acceso a productos higiénicos durante la menstruación puede tener graves daños para la salud y el bienestar de las personas que menstrúan, incluidas infecciones, malestar físico y emocional, y limitaciones en la participación en actividades cotidianas, educativas y laborales.

Todas estas razones nos llevan a enfatizar la necesidad de eliminar el “impuesto al tampón” como una medida preventiva para proteger la salud de las mujeres de bajos recursos. Este impuesto, al aumentar el costo de los productos de higiene menstrual, crea una carga financiera adicional para las familias pobres o de bajos recursos, lo que dificulta su acceso a estos productos esenciales. Además, esta discriminación de género en la política tributaria agrava las desigualdades económicas y sociales que ya enfrentan estas familias. Por lo tanto, la eliminación de este impuesto es fundamental para garantizar que todas las mujeres, independientemente de su situación económica, puedan acceder a los productos de higiene menstrual necesarios para mantener su salud y bienestar.

### **IX. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS DADOS PARA EXIMIR DE IMPUESTOS A LOS “PRODUCTOS PARA LA GESTIÓN MENSTRUAL”.**

Se responde a estos argumentos diciendo que ellos ignoran la realidad de cómo funcionan las leyes sobre el impuesto estatal a las ventas.

Para empezar, hay muchas “necesidades” (entre ellas la mayoría de los productos de higiene personal) que están sujetas a los impuestos estatales sobre las ventas.

En este sentido se señala que se grava con IVA el papel higiénico y el jabón al igual que a los tampones, copas menstruales y toallas higiénicas. En tal sentido se razona que habría que eximir de IVA a todos los productos para la higiene personal.

### **X. RÉPLICA A LAS CRÍTICAS.**

Aquellos que argumentan que otros productos de higiene diaria también están gravados, pasan por alto el hecho de que estos son utilizados por hombres y mujeres, mientras que los tampones son exclusivamente utilizados por mujeres.

Esta disparidad en la situación hace que la carga impositiva sea desigual, con el agravante de que las mujeres no pueden prescindir de estos productos debido a que no pueden evitar menstruar.

En definitiva, los impuestos sobre las ventas de PGM empeoran las desigualdades económicas y de ingresos entre hombres y mujeres.

Las mujeres de bajos ingresos sufren mucho más el efecto del impuesto sobre las ventas de productos menstruales que las personas de ingresos más altos. Ello así porque deben gastar una proporción muy grande de sus ingresos para satisfacer esta necesidad básica.

## XI. DERECHO COMPARADO<sup>11</sup>.

A continuación, examinaremos la situación en el derecho comparado. No abordaremos todos los países que ofrecen información sobre este tema, sino que nos centraremos en algunos seleccionados por diversas razones, como la antigüedad de la solución, su impacto cuantitativo, el método de implementación, el órgano que impulsó la reforma, entre otros criterios.

Es importante destacar que, de los 196 países de los que se conocen soluciones para la fiscalidad de los productos menstruales, solo el 24.61% ha implementado políticas públicas para abordar las desigualdades asociadas al impuesto al consumo sobre dichos productos<sup>12</sup>. Se observa que Europa lidera en la cantidad de países con tales políticas, seguida por África y América, mientras que Asia y Oceanía muestran la menor proporción de naciones con políticas tributarias en este ámbito<sup>13</sup>.

La inclusión de esta problemática en la agenda pública puede ampliar el debate y fomentar la concienciación, mientras que la presión ejercida por los cambios en otros países puede motivar a más naciones a realizar reformas. Es esencial que el enfoque de las políticas públicas considere la subjetividad de las personas menstruantes, promueva productos sustentables, fortalezca la educación y la distribución equitativa, así como facilite el acceso a la información y a los PGM para prevenir impactos negativos en la salud.

---

11 A continuación, se detalla un listado de países que han ejecutado este tipo de políticas tributarias sobre el impuesto al consumo, de acuerdo a la información recolectada de los siguientes sitios web <https://www.vatupdate.com/2018/03/01/global-vat-gst-rate-overview/> y <https://www.context.news/socioeconomic-inclusion/what-is-the-tampon-tax-and-which-countries-have-axed-it>. Para el caso específico de Estados Unidos se obtuvo información de <https://allianceforperiodsupplies.org/tampon-tax/>. Consultado el 22 de marzo del 2024.

12 Lo que implica que el 75.39% de los países no cuenta con políticas tributarias para beneficiar a las personas menstruantes.

13 SCHIEBERT, S.: "Análisis de las políticas públicas planteadas para disminuir la inequidad en el acceso a los PGM (PGM) Viedma, Río Negro. Argentina, publicado noviembre de 2023, <https://rid.unrn.edu.ar/handle/20.500.12049/11336> Consultado el 22 de marzo del 2024.

## 1. Kenia.

Kenia fue el primer país en eliminar el impuesto al tampón en 2004, motivado por la alta tasa de abandono escolar femenino debido a la incapacidad para gestionar de manera segura la menstruación<sup>14</sup>. Otros países del continente africano, como Ruanda, Sudáfrica y Etiopía también presentan reducciones impositivas a los PGM. Por ejemplo, Ruanda eliminó el IVA para estos productos en 2019, al igual que Sudáfrica. En Etiopía, en enero de 2021 el Ministerio de Economía comunicó la decisión de reducir el IVA del 30% al 10% para los PGM<sup>15</sup>.

## 2. Australia.

Australia, eliminó en 2018 el impuesto que catalogaba a los PGM como productos no esenciales y los gravaba con una alícuota del 10%. Esto como consecuencia de que en el año 2000 Australia introdujo un nuevo impuesto por el cual los PGM comenzaron a pagar más, mientras que otros productos relacionados con la salud y la prevención de enfermedades, como los preservativos, estaban exentos<sup>16</sup>.

## 3. India.

La República de la India gravaba en el 2017 a los PGM como “bienes de lujo” con una alícuota del 12%.

En el año 2018 luego de un año de protestas y campañas, se logró la reducción total del IVA al 0% para los PGM.

Se considera que la eliminación del “impuesto rojo” fue un paso muy esperado y necesario para ayudar a las niñas y mujeres a permanecer en la escuela, en sus trabajos y a practicar una higiene menstrual adecuada.

A pesar de este logro, siguen existiendo fallas de implementación y en el efectivo acceso a estos productos por la población india, donde se estima que cuatro de cada cinco mujeres y niñas no tienen acceso a artículos como tampones y toallas sanitarias y la menstruación es una de las principales razones por las que

---

14 Fuente: <https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2016/05/10/476741805/what-kenya-can-teach-the-u-s-about-menstrual-pads> Consultado el 17 de marzo del 2024.

15 Rol del Estado en la Gestión Menstrual: Experiencias y alternativas impositivas” Informe elaborado por El Ministerio de Economía de la Argentina, Secretaría de Política Tributaria. <https://www.argentina.gob.ar/economia/igualdadygenero/rol-del-estado-en-la-gestion-menstrual-experiencias-y-alternativas> Consultado el 17 de marzo del 2024.

16 Fuente: <http://america.aljazeera.com/articles/2015/5/26/australia-cuts-tampon-tax-in-response-to-activists.html>.



las niñas abandonan la educación en ese país, mientras que muchas otras se ven obligadas a quedarse en casa porque no pueden acceder a productos sanitarios<sup>17</sup>.

#### 4. Malasia.

Otro país con exención impositiva es Malasia, donde en 2018 se eliminó el impuesto a las ventas del 6% sobre los PGM a partir de una recategorización de estos productos<sup>18</sup>.

#### 5. Bután<sup>19</sup>.

Bután ha implementado reducciones impositivas significativas en los PGM. Previamente, el país aplicaba un impuesto sobre las ventas del 5% a las toallas sanitarias importadas de la India, además de un impuesto adicional del 30% sobre toallas sanitarias y tampones importados de otros países. Sin embargo, recientemente Bután ha eliminado el impuesto aduanero del 30% sobre estos productos y los ha eximido del impuesto a las ventas. Ahora, toallas sanitarias, tampones, pañales para bebés y productos similares, independientemente de su material, están clasificadas como exentas.

#### 6. USA.

Aproximadamente una cuarta parte de la población estadounidense son mujeres de entre 15 y 49 años. Y aunque no todas las personas del grupo necesitan productos menstruales, para muchas son una parte esencial de la vida<sup>20</sup>.

Los productos menstruales son un costo inevitable para quienes los necesitan. Por lo tanto, cualquier cosa que haga que los productos menstruales cuesten más puede suponer una carga adicional para quienes tienen ingresos más bajos.

Por esta razón los gobiernos estatales en USA tomaron medidas para aliviar algunos de esos costos en los últimos años.

---

17 India scraps tampon tax after campaign <https://www.bbc.com › news> consultado el 17 de marzo del 2024.

18 Fuente Rol del Estado en la Gestión Menstrual: Experiencias y alternativas impositivas” Informe elaborado por El Ministerio de Economía de la Argentina, Secretaría de Política Tributaria. <https://www.argentina.gob.ar/economia/igualdadygenero/rol-del-estado-en-la-gestion-menstrual-experiencias-y-alternativas>, consultado el 14 de marzo del 2024.

19 análisis de las políticas públicas planteadas para disminuir la inequidad en el acceso a los PGM PGM: <https://rid.unrn.edu.ar/bitstream/20.500.12049/11336/1/Schiebert%2C%20Stefan%C3%ADa-2024.pdf> consultado el 14 de marzo del 2024.

20 <https://usafacts.org/articles/what-is-the-tampon-tax/> consultado el 14 de marzo 2024.

En los Estados Unidos, al igual que en la Unión Europea, no hay un sistema unificado para establecer el IVA sobre productos menstruales, por lo que los estados son libres de actuar según consideren apropiado<sup>21</sup>.

De acuerdo a la información que conocemos, 33 Estados (más Washington DC) eximen a estos productos de su impuesto general sobre las ventas y 5 Estados los gravan a una tasa más baja que otros productos.

Trece de los 45 estados con un impuesto sobre las ventas todavía lo imponen a los PGM.

De ellos, diez ofrecen una tasa impositiva más baja que la tasa del impuesto general sobre las ventas o proporcionan un crédito fiscal para compensar parte o la totalidad del impuesto sobre las ventas de comestibles. Sólo Alabama, Mississippi y Dakota del Sur todavía gravan los alimentos con la tasa estatal completa del impuesto sobre las ventas.

## 7. México.

Desde 2019, la asociación colectiva #MenstruaciónDignaMéxico, coordina una campaña que tiene como objetivo eliminar el IVA a los PGM, conseguir su gratuidad y promover la investigación del tema de la pobreza menstrual en el país<sup>22</sup>.

Cuando se empezó a cuestionar en México el impuesto a los PGM, durante el año 2019, el Estado llegaba a recaudar más de 3.400 millones de pesos mexicanos al año con ese impuesto de acuerdo a datos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de ese país.

Las organizaciones de derechos humanos subrayaron que no importaba cuan alta fuera la recaudación, por un impuesto discriminatorio y sexista que estaba pagando la mitad de la población y la otra no, y llevaron sus reclamos eliminatorios hasta los más altos niveles de incidencia política, en un país en el que la menstruación no era parte de la agenda política, ni pública.

En virtud de esta campaña el Ejecutivo Federal incluyó en el Paquete Económico 2022 una Tasa Cero a la venta de PGM -toallas, tampones y copas menstruales-,

21 Obama, cuando se le preguntó en una entrevista si consideraba que estaba bien imponer impuestos sobre los tampones, él dijo: "No tengo idea por qué los estados establecerían impuestos sobre estos como artículos de lujo. Sospecho que es porque eran hombres quienes hicieron las leyes cuando estas fueron aprobadas". <https://cnnespanol.cnn.com/2016/02/02/el-impuesto-al-tampon-es-algo-injusto-para-las-mujeres/> consultado el 14 de marzo de 2024.

22 <https://www.periodtax.org/case-studies/case-study-5.html#mexico-spanish> Consultado el 23 de marzo del 2024.

por lo que quedó eliminado el 16% de IVA, en beneficio de mujeres, niñas y adolescentes, sobre todo a aquellas de menores ingresos.

## 8. Colombia.

La Corte Constitucional colombiana ordenó suprimir el IVA a las toallas higiénicas y los tampones porque, aunque la reforma tributaria del 2016 bajó la carga impositiva de esos productos hasta el 5%, según el alto tribunal son “insustituibles y no deben ser gravados con algún porcentaje”<sup>23</sup>.

La Corte avaló la ponencia de la magistrada Gloria Ortiz, quien estuvo a favor del demandante en sostener que este impuesto era regresivo y que iba en contra de la igualdad y la equidad, pues se estaba gravando un producto de necesidad básica de las mujeres, lo que les impone una carga tributaria solo por el hecho de nacer mujeres.

Cabe recordar que el IVA en Colombia quedó establecido en la reforma tributaria del 2016, que bajó el gravamen que tenían las toallas, tampones y protectores del 16 al 5 por ciento. No obstante lo cual el alto Tribunal consideró que:

Esa norma viola el derecho a la igualdad ya que quedaron gravados algunos bienes de primera necesidad para las mujeres colombianas.

Según la resolución las ciudadanas colombianas eran gravadas con IVA, solamente por el hecho de haber nacido bajo el sexo femenino.

Los principales argumentos por los que la Corte falló a favor de quitar este impuesto fueron que las toallas y tampones se relacionan con la dignidad de las mujeres y otras alternativas de higiene femenina son mucho más costosas. Además de que es un producto que solo es consumido por mujeres, lo que genera una discriminación indirecta<sup>24</sup>.

## 9. Unión Europea.

La Unión Europea (UE) tiene competencias limitadas en materia de fiscalidad, ya que esta sigue estando estrechamente ligada a la soberanía de los Estados miembros. Aunque la UE ha adoptado diversas directivas sobre impuestos indirectos y directos, como el IVA o los impuestos sobre sociedades, su capacidad legislativa en este ámbito es limitada. Esto se debe a que la UE depende

23 [https://elpais.com/internacional/2018/11/16/colombia/1542325238\\_066838.html](https://elpais.com/internacional/2018/11/16/colombia/1542325238_066838.html) Consultado el 17 de marzo del 2024.

24 <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-constitucional-tumba-iva-a-toallas-higienicas-y-tampones-293498> Consultado el 17 de marzo del 2024.

principalmente de las contribuciones de los Estados miembros para financiarse. La promoción de la igualdad de género en la UE se ve obstaculizada por los principios subyacentes de la fiscalidad en el derecho de la UE y la falta de actores que promuevan la incorporación de una perspectiva de género. Aunque los Tratados otorgan a la UE competencia para adoptar medidas legislativas para abolir la discriminación y garantizar la igualdad de género, las políticas fiscales europeas se centran principalmente en consideraciones económicas, como el crecimiento económico. Sin embargo, cada vez se presta más atención a los aspectos de género en la fiscalidad a nivel de la UE, especialmente en lo que respecta al impacto de los impuestos en la igualdad de género. En enero de 2019, el Parlamento Europeo adoptó una resolución sobre género y políticas fiscales en la UE, que se centró en la relación entre las diferencias socioeconómicas de género y el impacto de diferentes tipos de impuestos en la igualdad de género. Aunque la resolución en sí misma no tiene carácter vinculante, hace referencia a un amplio marco legal de valores y objetivos que pueden influir en las políticas futuras.

El Parlamento Europeo dictó una resolución el 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215(INI))<sup>25</sup>. Esta resolución alude entre otras cuestiones al *Acceso universal a productos menstruales seguros, justos y circulares y particularmente*: "...24. Insta a los Estados a que animen a la disponibilidad generalizada de productos menstruales reutilizables y sin sustancias tóxicas, en particular en las grandes superficies minoristas y las farmacias de todo el país, como mínimo en la misma proporción que los productos desechables, junto con medidas de sensibilización sobre las ventajas de los productos menstruales reutilizables frente a los desechables; 25. Destaca los efectos negativos del llamado «impuesto a los tampones» sobre la igualdad de género; pide a todos los Estados miembros que eliminen los llamados «impuestos por cuidados y tampones» aprovechando la flexibilidad introducida en la Directiva sobre el IVA y aplicando exenciones o un tipo de IVA del 0 % a dichos bienes básicos esenciales...".

## 10. Francia.

Francia realizó un primer intento de reducir la tasa impositiva a los tampones del 20% al 5% en el año 2016.<sup>26</sup> La enmienda a su ley presupuestaria fue inicialmente

25 European Parliament resolution of 24 June 2021 on the situation of sexual and reproductive health and rights in the EU, in the frame of women's health (2020/2215(INI)), p. 13 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0314> Consultado el 17 de marzo del 2024.

26 Hasta 2015, el IVA sobre la protección higiénica era del 20%, el mismo que el de los llamados productos de lujo. En resumen, el gobierno te cobraba lo mismo si compraste un yate o un paquete de tampones. En octubre de 2015, la Asamblea Nacional rechazó un proyecto de ley destinado a reducir este IVA sobre los productos periódicos. Furiosas, muchas asociaciones defensoras de los derechos de las mujeres se movilaron y se produjeron manifestaciones en todo el país. Unos meses más tarde, finalmente se adoptó

rechazada con el argumento de que habría reducido sustancialmente los ingresos estatales.

Sin embargo, debido a la indignación pública tras esta declaración, el entonces Primer Ministro afirmó que los fondos necesarios para compensar esta reducción estaban disponibles, y el Impuesto al Valor Agregado se redujo al 5%.

Por otra parte, la Seguridad Social reembolsará la compra de estas protecciones en la farmacia y la medida se inscribirá en los presupuestos de 2024.

“Con este nuevo progreso social, se intensifica la lucha contra la precariedad menstrual”.

## II. Alemania.

En Alemania, la situación es interesante debido a una maniobra utilizada para llamar la atención del público sobre el tema. Una empresa emergente, “The Female Company”, comenzó a vender el “Libro del Tampón”, que incluía diferentes historias sobre la menstruación, junto con un paquete de toallas sanitarias. Dado que el paquete formaba parte del libro, se le aplicó un impuesto del 7%, que es el mismo impuesto que se aplica a los libros, en lugar del Impuesto al Valor Agregado del 19%. Esta iniciativa estuvo acompañada por una petición en línea independiente, y como resultado, se redujo la tasa impositiva al 7% a partir de enero de 2020.

En resumen, Francia logró reducir el impuesto al tampón del 20% al 5% después de una protesta pública, mientras que, en Alemania, una campaña ingeniosa llevó a una reducción del impuesto del 19% al 7%. Ambos casos muestran cómo la presión pública y la creatividad pueden influir en las políticas fiscales relacionadas con la higiene menstrual.

## 12. Reino Unido.

En el Reino Unido, particularmente en Inglaterra y Escocia, el impuesto al tampón ha sido un tema importante de debate. En 2001, el gobierno redujo la tasa

---

la ley y el IVA sobre tampones y toallas sanitarias se redujo del 20% al 5,5%. La protección higiénica ahora está gravada de la misma manera que las necesidades básicas como el agua, los alimentos o los condones. ¿0% de IVA para protección higiénica? Asociaciones feministas, así como algunos diputados y senadores, defienden la idea de que simplemente se debería suprimir el IVA sobre la protección periódica, como ya ocurre en algunos países como Irlanda, Canadá o Irán. Otros mencionan la posibilidad de reducir el IVA al 2,1%, del mismo modo que para los medicamentos reembolsables por la seguridad social. Sin embargo, tenga en cuenta que no porque el IVA disminuya el precio de los tampones y las toallas sanitarias disminuirá automáticamente. El riesgo es que determinadas marcas opten por no cambiar sus precios y aprovechen esto para aumentar sus márgenes. Esto ya ocurrió en 2015, cuando el IVA bajó del 20% al 5,5%. Las marcas se han beneficiado de esta caída mucho más que los consumidores. [apause.jho.fr/article/taxe-rose-ou-taxe-tampon-pour-une-tva-a-0-sur-les-protections-hygiéniques/](https://apause.jho.fr/article/taxe-rose-ou-taxe-tampon-pour-une-tva-a-0-sur-les-protections-hygiéniques/) consultado el 20 de marzo del 2024.

impositiva del 17.5% al 5%. Desde 2015, los ingresos del impuesto al tampón se han destinado al “Fondo del Impuesto al Tampón”, que financia proyectos destinados a ayudar a mujeres y niñas en condiciones vulnerables.

En 2016, el gobierno británico votó para eliminar completamente el impuesto al tampón, pero esto fue impedido por una Directiva Europea. Sin embargo, con el Brexit, el Reino Unido finalmente lo eliminó a partir de 2021<sup>27</sup>.

Por otro lado, Escocia ha sido un ejemplo particularmente destacado en la lucha contra la pobreza menstrual. Si bien ya garantizaba la distribución gratuita de toallas sanitarias en escuelas y universidades, con la aprobación de la Ley de Provisión Gratuita de Productos Periódicos, Escocia asignó alrededor de 9.2 millones de libras esterlinas para la distribución gratuita de toallas sanitarias a través de autoridades locales, asociaciones benéficas y clubes deportivos, entre otros. Esto demuestra un fuerte compromiso del gobierno escocés con la eliminación de la pobreza menstrual y la garantía de acceso a productos menstruales para todas las personas.

### 13. Italia<sup>28</sup>.

Mientras que algunos Estados miembros de la UE lograron abordar el problema de manera rápida y eficiente, Italia ha estado luchando con este tema durante algún tiempo y solo recientemente logró reducirlo de forma provisoria al 5%.

Las toallas sanitarias y similares siguen sin considerarse artículos de primera necesidad y las batallas libradas a lo largo de los años no han conseguido anular los impuestos. Hasta hace unos años la situación era aún peor. El IVA sobre los productos de higiene íntima femenina era del 22%.

Se presentaron varias propuestas que nunca se han discutido en el Parlamento: algunas son de 2016 y 2018. Una primera reducción de impuestos se produjo únicamente para las toallas sanitarias biodegradables y compostables. Esta medida fue considerada una broma teniendo en cuenta que estos productos no son los más requeridos en el mercado. En efecto el mercado de las toallas sanitarias compostables o lavables y el de las copas menstruales cubriría un porcentaje estimado del 0,4% del total. De modo que es insuficiente teniendo en cuenta que el legislador había mantenido el mismo impuesto del 22% sobre las toallas sanitarias más utilizadas, es decir, las “desechables”<sup>29</sup>.

27 <https://www.gov.uk/government/news/tampon-tax-abolished-from-today> consultado el 14 de marzo del 2024.

28 ALFANO, S. P.: “Discrimination and Human Rights: the case of the Tampon Tax”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19 bis, noviembre 2023, pp. 252-259.

29 La novedad de la ley de presupuesto Italiana 2022 incluye en el Art. 1, párrafo 13, ley núm. 234/2021 ha insertado, en el cuadro A, parte III, adjunto al Decreto Presidencial n. 633/1972, después del número 114),

Según informa la doctora Sofía Alfano en la ley presupuestaria de Italia para 2023, el nuevo gobierno ha reducido el impuesto sobre los productos menstruales al 5%. Sin embargo, esta medida está programada para durar solo por un año<sup>30</sup>.

#### 14. Argentina.

##### A) Descripción de la situación en Argentina.

Argentina es uno de los países con más altos costos impositivos a los PGM.

En nuestro país, tanto a nivel nacional, provincial como municipal, existen iniciativas que abordan la gestión menstrual pero aún no se ha logrado la implementación de la reducción del IVA como en otros lugares del mundo.

El Ministerio de Economía en un documento de la Secretaría de Política Tributaria en la Argentina: reconoce que “la menstruación representó históricamente un factor de desigualdad, tanto entre personas menstruantes y no menstruantes, como entre clases sociales o personas menstruantes con distintos niveles de ingreso. Esto se debe al impacto diferenciado que el consumo de PGM tiene sobre la canasta total de cada persona o núcleo familiar mensualmente. En muchos casos, para las personas de sectores más vulnerables, el acceso a estos productos es difícil, o directamente imposible, lo cual repercute directamente en su salud e higiene”. El documento muestra una estimación del impacto económico del Impuesto al Valor Agregado pagado por las personas menstruantes en la compra de productos indispensables para su salud e higiene.

El costo de menstruar de cada persona dependerá principalmente de los ingresos y la capacidad de acceder a los diferentes productos disponibles en el mercado, ya sean toallitas, tampones, copas menstruales, bombachas menstruales, toallas reutilizables, entre otros productos.

El informe “Justicia Menstrual-Igualdad de género y gestión menstrual sostenible”<sup>31</sup> de la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género (DNElyG) del Ministerio de Economía y de la Jefatura de Gabinete de ministros provee información sobre el precio de estos productos discriminándolos entre los más vendidos o aquellos incluidos en Precios Cuidados; así como también sobre el costo estimado anual de menstruar por persona (con supuestos de cantidad de ciclos y productos utilizados en cada uno de ellos).

---

número “114- bis ) productos absorbentes y tampones, destinados a la protección de la higiene femenina, no incluidos en el número 1-quinquies) del cuadro A, parte II- bis” que ahora se benefician de la reducción del IVA del 10%. <https://www.fiscooggi.it/rubrica/analisi-e-commenti/articolo/fisco-nella-legge-bilancio-10-prodotti-femminili-e-fuori-italia> Consultado el 21 de marzo del 2024.

30 ALFANO, S. P.: “Discrimination”, cit., pp. 252-259.

31 [https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/justicia\\_menstrual\\_version\\_digital.pdf](https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/justicia_menstrual_version_digital.pdf)

A partir de esta información, se determina el costo de pagar el Impuesto al Valor Agregado por el consumo de estos productos de forma anual y mensual

Si consideramos los precios de los PGM más vendidos, su consumo anual representa el cobro de una Asignación Universal por Hijo<sup>32</sup> (en adelante, AUH) mensual, casi el 90% del ingreso mensual del decil de menores ingresos y el 11% del ingreso promedio mensual de las mujeres a nivel general. Esto quiere decir, que una AUH completa por mujer se destinaría al pago de estos productos (los más vendidos).

Si analizamos específicamente el impacto del IVA anual, vemos que representa entre un 9,6% y 17,4% de la AUH recibida por mes, hasta un 15% del ingreso del primer decil y entre un 1,1% y un 1,9% de un ingreso mensual promedio de mujeres. Esto implica una situación asimétrica para las personas, generando el pago de un impuesto específico por un proceso biológico que las personas menstruantes no pueden evitar. En el caso de personas con menores ingresos, este peso es aún mayor, al representar un porcentaje elevado de sus ingresos, en muchos casos optando por utilizar productos no recomendados que ponen en riesgo su salud.

*B) Estado de situación de los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación Argentina.*

Actualmente, el tema de la gestión menstrual ha ganado prominencia en la agenda pública gracias a la visibilización de su problemática y al conocimiento de las políticas implementadas por otros países en relación con el Impuesto al Valor Agregado (IVA). Sin embargo, este aumento de conciencia no ha sido suficiente para impulsar modificaciones en el tratamiento tributario de los PGM. Los proyectos de ley relacionados con este tema suelen expirar debido a la falta de tratamiento parlamentario oportuno. A pesar de la presentación de un proyecto de comunicación que destaca la necesidad de abordar legislativamente la gestión menstrual, aún no se han introducido ni aprobado modificaciones al respecto.

Hasta el momento, se han presentado ocho proyectos relacionados con el IVA y la gestión menstrual, de los cuales siete han perdido su estado parlamentario. Dos de estos proyectos se han originado en la Cámara de Senadores, mientras que seis han surgido de la Cámara de Diputados. La mayoría de estos proyectos propone eximir del IVA a los PGM, ya sean sostenibles o no. Aunque todos han sido remitidos a las comisiones correspondientes, ninguno ha recibido un

---

32 Los trabajadores en relación de dependencia, monotributistas, jubilados y pensionados con menores de 18 años a cargo o discapacitados son quienes pueden percibir la Asignación Familiar por Hijo que paga la ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social).



dictamen. Como resultado, los proyectos quedan sin tratamiento y caducan al cabo de un año.

La exención de los productos necesarios para las personas que menstrúan o la aplicación de una alícuota reducida, ya sea del cero por ciento (0%) o no, podría contribuir a una mayor equidad en el sistema tributario y a reducir el costo de estos bienes que son de uso exclusivo de ciertos grupos sociales. Sin embargo, hasta ahora, solo se ha propuesto la exención de los productos menstruales, sin considerar la posibilidad de aplicar una tasa reducida o del cero por ciento (0%). A pesar de estos esfuerzos, los proyectos no reciben el tratamiento parlamentario necesario para continuar su curso en el Congreso y ser promulgados como ley, ya que las comisiones no emiten dictámenes, dejando en incertidumbre las posibles modificaciones requeridas para avanzar en el proceso legislativo.

## **XII. CONCLUSIÓN.**

La eliminación del impuesto sobre el valor agregado (IVA) en los productos menstruales es crucial para las familias de bajos recursos o en situación de precariedad, ya que estas medidas fiscales impactan significativamente en su economía doméstica. Alrededor de 1800 millones de mujeres en todo el mundo, lo que representa el 26% de la población global, se ven afectadas por estas políticas impositivas, lo que genera una carga adicional en los presupuestos familiares y ajustados.

La eliminación del IVA en estos productos no solo promovería una mayor igualdad de género, sino que también ayudaría a aliviar la carga financiera de las familias más vulnerables. Al tener acceso a estos artículos sin el peso del impuesto, las familias de bajos recursos podrían destinar sus recursos económicos a otras necesidades básicas, como alimentación, vivienda o educación. Esta medida, por lo tanto, tendría un impacto directo en la mejora del bienestar económico de estas familias y contribuiría a reducir la pobreza menstrual.

Desde una perspectiva jurídica y económica, la inclusión de estos productos en la categoría de bienes exentos de impuestos o sujetos a un IVA reducido sería una medida justa y equitativa. Esto no solo garantizaría el derecho de las mujeres a vivir con dignidad, sino que también fortalecería la economía familiar al liberar recursos para otros gastos esenciales. Por lo tanto, es esencial abordar esta cuestión desde una óptica que reconozca el impacto directo que tiene en la estabilidad financiera y el bienestar de las familias de bajos recursos.

## BIBLIOGRAFÍA

ALFANO, R.: "International and European taxation policies and gender discrimination", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19 bis, noviembre 2023.

ALFANO, S. P.: "Discrimination and Human Rights: the case of the Tampon Tax", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 19 bis, noviembre 2023.

MELO, M<sup>a</sup>. F.: "La gestión menstrual sin impuestos en el mundo". Statista. <https://es.statista.com/grafico/30064/paises-que-redujeron-o-eliminaron-impuestos-para-productos-de-gestion-menstrual/> 24 de marzo de 2024.

SCHIEBERT, S.: "Análisis de las políticas públicas planteadas para disminuir la inequidad en el acceso a los PGM (PGM) Viedma, Río Negro. Argentina, publicado noviembre de 2023.



**A VUELTAS CON LA NATURALEZA JURÍDICA  
DEL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES O  
CUASIUSUFRUCTO**

***ABOUT THE LEGAL NATURE OF THE USUFRUCT OF  
CONSUMABLE GOODS OR QUASI-USUFRUCT***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 196-225*



María MEDINA  
ALCOZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 3 de noviembre de 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 4 de diciembre de 2023

**RESUMEN:** El usufructo de cosas consumibles o cuasiusufructo es una figura jurídica que provoca desconcierto en la doctrina y cuya utilidad práctica es, sin embargo, indiscutible. Tras el estudio del origen de la figura y del término “cuasiusufructo”, el trabajo se centra en su objeto y en su controvertida naturaleza jurídica (como “ius in re aliena” o no), planteando la conveniencia de una actualización de la regulación codificada que incluya, por otra parte, la del usufructo de dinero.

**PALABRAS CLAVE:** Usufructo ordinario; cuasiusufructo; usufructo de cosas consumibles; usufructo de dinero; derecho real; derecho de crédito.

**ABSTRACT:** *The usufruct of consumable goods or quasi-usufruct is a legal figure that causes bewilderment in the doctrine and its practical usefulness is, however, indisputable. After studying the origin of the figure and the term “quasi-usufruct”, the paper focuses on its object and its controversial legal nature (as a “ius in re aliena” or not) raising the convenience of updating the codified regulation including also the regulation of the usufruct of money.*

**KEY WORDS:** *Ordinary usufruct; quasi-usufruct; usufruct of consumable goods; usufruct of money; real right; credit right.*

**SUMARIO.-** I. EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES (CUASIUSUFRUCTO): DEL INICIAL DESCONCIERTO AL RECONOCIMIENTO DE SU UTILIDAD PRÁCTICA.- II. EL CUASIUSUFRUCTO: CONCEPTO Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA.- I. El discutido origen catacrético del término “cuasiusufructo”.- 2. El objeto del cuasiusufructo y su controvertida naturaleza jurídica.- A) Su concepción originaria como préstamo.- B) Su concepción como usufructo en sentido económico (*usufructus impropriae dictum*): La adquisición de la propiedad de los bienes usufructuados en el momento de la entrega.- C) Su concepción como verdadero derecho real de goce (*ius alienis rebus utendi vel consumendi*): la desaparición de la nuda propiedad con el consumo.- 3. La aplicación al cuasiusufructo de las normas del usufructo ordinario y la conveniencia de la actualización de la regulación codificada.

## I. EL USUFRUCTO DE COSAS CONSUMIBLES (CUASIUSUFRUCTO): DEL INICIAL DESCONCIERTO AL RECONOCIMIENTO DE SU UTILIDAD PRÁCTICA.

El usufructo de cosas consumibles, cuasiusufructo, usufructo impropio<sup>1</sup>, anormal, singular, especial, irregular, imperfecto<sup>2</sup>, de valor, dispositivo (frente al usufructo verdadero, propio, normal, común, ordinario, natural, regular, perfecto) es una figura jurídica de raigambre romana, no recogida, en cambio, por Las Partidas, y sí incluida en el Proyecto de Código Civil de 1851<sup>3</sup>. Está regulada en el art. 482 CC<sup>4</sup>, con clara influencia portuguesa<sup>5</sup>, según el cual:

1 “Vocabulo usufructus, includuntur omnia, sive in eo cadat verus usufructus, sive quasi usufructu impropria”, BALDO DEGLI UBALDI *dixit* (TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 50).

2 Tal como lo denominaba el art. 2808 del Código Civil argentino de 1869, hoy derogado.

3 Art. 444: “El usufructuario de bienes fungibles puede usar libremente de ellos y consumirlos con la obligación determinada en el número 2 del artículo 449”. Resulta curioso que los comentarios de F. F. GARCÍA-GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, 1852, Zaragoza, edición de 1974, pp. 232 y 228) a este precepto afirman que no admite dificultad y se centran, en cambio, en destacar la ausencia de regulación del “usufructo de cosas deteriorables”, que considera más importante y frecuente. Con ocasión del comentario del art. 435, que define el usufructo y regula la salvedad del “*salva rerum substantia*” (la posibilidad de consumir los bienes) explica que estamos ante un usufructo impropio o imperfecto (cuasiusufructo) que obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad porque “*tantumdem est idem*”.

4 También en el Código Civil catalán, junto con el usufructo de dinero, al disponer en su art. 561-5. Cuasiusufructo: “1. Si el usufructo recae, en todo o en parte, sobre bienes consumibles, deben restituirse bienes de la misma cantidad y calidad o, si ello no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho. 2. Si el usufructo recae sobre dinero, se aplica, además de lo establecido por el apartado 1, lo establecido por el artículo 561-33”.

El usufructo de cosas consumibles está también presente en el Código civil italiano (art. 995), el portugués (art. 1451), el francés (art. 587), el alemán (§ 1067) o el griego (art. 1174, regulando la dispensa de fianza para el usufructo de dinero si éste es depositado en un establecimiento de crédito). Asimismo, lo contemplan el art. 764 del Código Civil chileno, el art. 892 del Código Civil de Puerto Rico (que también regula el usufructo de dinero en los arts. 888 y 889), el art. 994 del Código Civil federal de Méjico (el art. 995 regula el usufructo de “*capitales impuestos a réditos*”), el art. 229 del Código Civil boliviano (el art. 232 regula el capital gravado con usufructo) o el 2130 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino (aunque su objeto sólo pueden ser animales). No lo recoge, por ejemplo, el Código Civil cubano, lo que es considerado como un acierto por VILLALONGA SOCA, A.: *El derecho real de usufructo. Particularidades en el Derecho Agrario cubano*, Trabajo de Diploma, Universidad Central “Marta Abreu” de las Villas, Cuba, curso 2014-2015, p. 21.

5 Así lo destaca LATOUR BROTONS (“Estudio del usufructo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 340-341, 1956, pp. 629-630). El art. 2209 del Código Civil portugués de 1867 disponía: “Se o usufructo abranger

### • María Medina Alcoz

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos.

Correo electrónico: maria.medina.alcoz@urjc.es.

“Si el usufructo comprendiera cosas que no se pudieran usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo”.

Estamos ante una figura que, según pone de relieve TORRELLES TORREA<sup>6</sup>, siembra el desconcierto en quien trata de acercarse a ella desde una perspectiva dogmática, por no encontrar acogida en los moldes conocidos y desafiar los principios tipificados. Se trata de un tipo peculiar de usufructo que, situándose en las fuentes dentro de su esquema genérico y compartiendo su función económico-social, presenta unos rasgos estructurales propios que la dotan de excepcionalidad<sup>7</sup>.

Por otro lado, pese a que el usufructo de cosas consumibles se encuentra referenciado en todos los manuales de Derecho Civil, pocos son los estudios que se han dedicado extensamente a él, salvo la magnífica monografía de la citada autora (2000) y el clásico artículo de JORDANO BAREA (1948)<sup>8</sup>.

Así, por ejemplo, el profesor LASARTE<sup>9</sup> considera que el cuasiusufructo es un “perfecto desconocido” en nuestro sistema patrimonial actual y que, por esto, no merece demasiado detenimiento. Destaca la ausencia de sentencias sobre la materia; y recalca, con acierto, que, al admitirlo, se produce una enorme fisura en el hilo conductor de la institución del usufructo<sup>10</sup>.

---

cosas fungiveis, póde o usufructuario consumil-as; mas é obrigado a restituir o seu valor, findo o usufructo, se as dictas cousas tiverem sido estimadas; se o não foram, poderá fazer a restituição pela entrega de outras do mesmo genero, qualidade ou quantidade, ou do valor destas na conjuntura em que findar o usufructo”.

6 TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, cit., p. 23.

7 SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas «quae usum communentur» según el Derecho romano y el Código Civil español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 3, 2000, p. 455. En el mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Usufructo de cosas materiales”, en AA.VV.: *Tratado de usufructo* (coord. por. A. LECIÑENA IBARRA), La Ley, Las Rozas, 2016, p. 668; AGUILAR RUIZ, L.: “Comentario al art. 482 CC”, en AA.VV.: *Código civil Comentado*, vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª edic., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 1964.

8 “El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 981-1023.

9 *Principios de Derecho civil IV, Propiedad y derechos reales de goce*, 10ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 277; y *Compendio de derechos reales. Derechos reales e hipotecario*, 8ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 156.

10 Entiende que se trata de un mero residuo histórico, incorporado por arrastre al Código, del “quasiusufructus” romano, que tenía como función la de servir de fundamento a los usufructos que recaían sobre un patrimonio o una herencia. Por otro lado, si en 2010 señalaba este autor que no había encontrado ninguna una sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión y que sólo conocía la SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 8 de febrero de 2002 (tras el fallecimiento de su mujer, el viudo fue beneficiado con un usufructo que recaía, entre otras cosas, en la mitad indivisa de las cuentas bancarias existentes a la muerte de su esposa, dinero del que pudo disponer libremente y que entregó gratuitamente a la heredera ahora demandada por las otras herederas que pretendían su doble cómputo, como bien colacionable y como saldo sobre el que ostentaban la nuda propiedad), ya en 2019 se refiere a la STS de 13 de marzo de 2014, sobre un testamento en el que se estableció que el hijo heredero debía colacionar los bienes donados en vida por el causante e invertirlos en un fondo, siendo usufructuaria vitalicia la viuda y nudos propietarios los cuatro hijos.

Lo cierto es que son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de resolver conflictos relativos al usufructo de cosas consumibles y las que hay tampoco revisten un particular interés. La STS de 19 de enero de 1962 (Pte.: Bonet Ramón) menciona, “obiter dictum”, que el usufructo constituido sobre cosas muebles consumibles es una hipótesis excepcional de usufructo. La STS de 20 de julio de 1989 (Pte.: López Vilas), se ocupó de un pleito de una sociedad en periodo de liquidación a la que se habían aportado cabezas de ganado debatiéndose si a la reclamación formulada por el aportante era de aplicación el art. 482 CC o el 1687 CC, considerando el Alto Tribunal que, por aplicación de este último, a falta de pacto expreso, era de la sociedad el riesgo de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, pues se le transfirió la propiedad (“res domino suo perit”), limitándose la reclamación, por tanto, al precio en que fueron tasadas, añadiendo que “el usufructo recae, no sobre las cosas mismas que se entregan, sino sobre la suma representativa de su valor estimado (cuasiusufructo)”. La STS de 31 de julio de 1998 (Pte.: Sierra Gil de la Cuesta) confirma la de la Audiencia, que había condenado a las usufructuarias demandadas a hacer inventario de los bienes muebles objeto de cada usufructo y prestar fianza en la forma exigida por el art. 491, en relación con los arts. 481 y 482 CC. La STS de 13 de marzo de 2014 (Pte.: Salas Carceller) se ocupó de un testamento en el que se ordenó la obligación a cargo de un hijo heredero de colacionar los bienes donados en vida del causante e invertirlos en un fondo o depósito en cualquier entidad bancaria y/o de ahorro, del que sería usufructuaria vitalicia la viuda del causante y nudos propietarios los cuatro hijos. La sentencia consideró que del art. 482 CC no se podía deducir que sólo la usufructuaria era la legitimada para solicitar la constitución de dicho depósito, siéndolo también cualquiera de los otros herederos.

Pero la ausencia de litigiosidad en torno al usufructo de cosas consumibles no significa que la figura no goce de plena vitalidad, pues, sin duda, la propia existencia del art. 482 CC, dice USERA CANO<sup>11</sup>, “de puro excepcional, lo convierte en inatacable”.

En todo caso, contrasta la poca jurisprudencia del Alto Tribunal con las numerosas sentencias procedentes de las Audiencias Provinciales que han resuelto conflictos del usufructo de cosas consumibles más frecuente en la práctica: el usufructo de dinero<sup>12</sup>.

11 “Usufructo de cosas consumibles”, en *El usufructo* (Tema 6), en AA., *Instituciones de Derecho Privado* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), T. II, *Reales* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), vol. 2º, Civitas, Madrid, 2003, p. 387.

12 El problema central suele ser si el usufructuario de dinero es un mero usufructuario con derecho a intereses o si es un cuasiusufructuario que adquiere la propiedad del mismo. Las SSAP Teruel (Secc. 1ª) 21 enero 2000, Cantabria (Secc. 2ª) 8 febrero 2002 y Valencia (Secc. 11ª) 10 noviembre 2005 consideran que el usufructuario tiene la plena disposición del dinero, debiendo devolverlo a la extinción del usufructo. Sin embargo, las SSAP León (Secc. 2ª) 10 febrero 2000, Huesca (Secc. 1ª) 21 marzo 2000 o Burgos (Secc. 3ª) 19 junio 2002 parten, por la definición esencial del usufructo, de que el usufructuario no puede disponer libremente del capital usufructuado. Recientemente, la jurisprudencia menor constata, de un lado, un



A su vez, la realidad demuestra que el cuasiusufructo no suele aparecer como un negocio autónomo, pues lo común es encontrarlo formando parte de otro usufructo en el que parte de su objeto son cosas consumibles. Se ha dicho que “el usufructo de cosas consumibles escapa a su cabal inteligencia si no es desde la perspectiva más abarcante del usufructo en que aquél queda comprendido”<sup>13</sup>.

Su verdadera utilidad reside en que hace posible la constitución de un usufructo sobre la globalidad de un patrimonio, con una unidad de regulación institucional, aunque incluya cosas de naturaleza diversa, entre ellas consumibles<sup>14</sup>. Así ocurre en los usufructos constituidos “mortis causa”, entre los que predomina el usufructo universal de herencia, al igual que en el usufructo del cónyuge viudo sobre una cuota de la herencia. La mayor parte de los testamentos incluyen, por tanto, usufructos de cosas consumibles. Por esto, se ha dicho que el art. 482 CC es exponente de la práctica en la adaptación de las instituciones jurídicas, pues da respuesta adecuada a la calificación de cláusulas repetidas en testamentos, relativas a la disposición de un patrimonio en el que figuran bienes consumibles<sup>15</sup>.

Además, dentro de los usufructos sobre cosas consumibles destaca, por su enorme importancia práctica y por las dificultades que entraña, el usufructo de dinero, pues éste, normalmente, ya no se encuentra en metálico, sino en una entidad financiera o entidades especializadas en fondos de inversión y carteras de valores. Por esto, han aparecido en el panorama jurídico nuevos usufructos, como el de productos financieros, que, por sus particularidades, se hacen acreedores de una concreta regulación. Así ha sucedido, por ejemplo, con el usufructo de participaciones en fondos de inversión regulado por el Derecho catalán (art. 561-34 CCCat) y por el Derecho aragonés (art. 300 C DFA).

No es, por tanto, el usufructo de cosas consumibles una figura secundaria, ni una clase menor de usufructo. Sus dificultades dogmáticas claudican ante la evidencia de su existencia en la realidad social. Por esto, es una figura dotada de plena vitalidad y virtualidad práctica cuyo estudio reviste en la actualidad

---

incremento de las sentencias que abordan cuestiones relativas a usufructos de dinero; y, de otro, que prácticamente todas las que he localizado reconocen la facultad dispositiva del usufructuario de dinero. Así, las SSAP Asturias (Secc. 6<sup>o</sup>) 20 junio 2016, Jaén (Secc. 1<sup>o</sup>) 20 septiembre 2017, Valencia (Secc. 8<sup>o</sup>) 29 enero 2018, Murcia (Secc. 5<sup>o</sup>, con sede en Cartagena) 13 marzo 2018, Granada (Secc. 4<sup>o</sup>) 23 marzo 2018, Madrid (Secc. 9<sup>o</sup>) 18 julio 2018, Orense (Secc. 1<sup>o</sup>) 28 diciembre 2018 y Málaga (Secc. 5<sup>o</sup>) de 29 de marzo de 2019. Más ampliamente en MEDINA ALCOZ, M.: “El usufructo de dinero como usufructo de cosa consumible. Sobre el usufructo vidual universal de dinero y sus eventuales efectos indeseados”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 799 (sept.-oct.), 2023, pp. 2935-2969.

13 DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario al art. 482 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO), VII-I, Edersa, Madrid, 1980, p. 201.

14 USERA CANO, L.: “Usufructo de cosas consumibles”, cit., p. 401.

15 DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 203.

un interés, en mi opinión, nada desdeñable en aras de una actualización de la regulación codificada<sup>16</sup>.

## II. EL CUASIUSUFRUCTO: CONCEPTO Y CONSTRUCCIÓN JURÍDICA.

### I. El discutido origen catacrético del término “cuasiusufructo”.

El vocablo “cuasiusufructo” nace de la unión de “quasi” y “usufructus” y ha sido criticado desde antiguo<sup>17</sup>, afirmándose que el mismo ha contribuido a crear mayor dificultad que claridad para su correcto entendimiento e, incluso, ha sido calificado de “capcioso”<sup>18</sup>. Resulta curioso, por esto, que la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018) utilice este término<sup>19</sup> que, sin embargo, no hallamos en el Código Civil, pese a que en los debates parlamentarios de su elaboración, el político y jurista Gumersindo DE AZCÁRATE preguntara: “¿Por qué habéis huido de emplear la partícula «cuasi» y no habéis llamado al usufructo en esos casos «cuasiusufructo»?”<sup>20</sup>.

El término latino “quasi” en latín deriva de la contracción de “quam si”; primero significó “como” o “como si”; luego “aproximadamente”, “por poco”, “poco menos de (o que)” o “una corta diferencia”, derivando en castellano “casi”, que no sólo es adverbio de cantidad, pues también cumple la función de reducir la plenitud del significado de un sustantivo (“era casi una niña”), de un verbo (“casi murió”), de un adjetivo (“casi igual”) o de un adverbio (“casi siempre”). En la actualidad “casi” ha perdido ya su significado genuino para comparaciones hipotéticas y su significado es el que hemos reseñado en segundo lugar.

Hay varias expresiones que los juristas romanos introdujeron con “quasi”, designando nociones jurídicas carentes de nombre propio. Así “obligaciones quasi ex contractu”, “obligaciones quasi ex delicto”, “quasi possessio”, “quasi traditio” y “quasi usufructus”. Por esto, se habla de la función catacrética del “quasi” en el “cuasiusufructo”.

16 Así lo ha destacado últimamente, MOLLÁ NEBOT, M. A. S. (*Usufructo de pecunia: aplicación a los fondos de inversión desde la ley de jurisdicción voluntaria*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 15 y 21; y “Usufructo de dinero y su adecuación en el Código Civil”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 54, en.-abril, 2021, p. 2).

17 Así, MUCIUS SCAEVOLA (“Comentario al art. 482 CC”, en *Código Civil concordado y comentado extensamente*, T. VIII-IX, 3ª edic., Imprenta de Ricardo F. de Rojas, Madrid, 1911, p. 952) decía que su “propiedad de dicción” era “algún tanto discutible”. La profusión de términos empleados para denominar al usufructo de cosas consumibles pone de manifiesto las enormes dificultades que ha supuesto desde un punto de vista dogmático admitir y construir esta figura: cuasiusufructo, servidumbre personal, usufructo impropio, usufructo especial. (MOLLÁ NEBOT, M. A. S.: “Significado de «nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit» y usufructo de dinero”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 22, 2014, p. 4).

18 MOLLÁ NEBOT, M. A. S.: *Usufructo de pecunia*, cit., pp. 16 y 21; “Usufructo de dinero”, cit., pp. 7 y 12.

19 Art. 353-2: “Cuasiusufructo. Si el usufructo recae sobre bienes consumibles, el usufructuario debe restituir otros de la misma cantidad y calidad o, si ello no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho”.

20 Sesión de 6 de abril de 1889, núm. 88. *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, II, Secretaría General del Senado, edición de 1989, p. 1673.

La catacresis (del griego “katákresis”, que significa uso indebido o abuso) o abusión (de la palabra latina “abusio”) es un tropo que, como señala, GUZMÁN BRITO<sup>21</sup> es una dicción trasladada o transferida desde una cosa a la que se aplica con propiedad a otra a la que no se aplica con propiedad<sup>22</sup>. La catacresis es el tropo que opera ante la ausencia de nombre propio en la cosa hacia la cual se produce la traslación del nombre de otra cosa.

La RAE define la catacresis como la designación de algo que carece de nombre especial por medio de una palabra empleada en un sentido metafórico (“hoja de la espada”, “hoja de papel”). Pero conviene diferenciar la catacresis de la metáfora. En la segunda, algo tiene un nombre propio y se le aplica otro impropio (llamar “perlas” a los dientes). La primera supone que algo carece de nombre propio y se le aplica otro impropio (“pie del monte” o “patas de la mesa”: ni el monte tiene pie, ni la mesa tiene patas). Otros ejemplos son “cuello de botella”, “cresta de la ola”, “lecho del río”, “ojo del huracán”, “cabeza de un alfiler”, “dientes de una sierra”, “brazos de un sillón” o “boca de la cueva”. El tropo catacresis, dice GUZMÁN BRITO<sup>23</sup>, “deriva de la urgencia de designar algo que carece de nombre propio”; y al colmar el vacío semántico, su uso se torna tan usual, que, muchas veces, se ignora su origen catacrético.

Los romanos<sup>24</sup> habían desarrollado la práctica de legar usufructos de parte alícuota hereditaria que incluían bienes consumibles, como, por ejemplo, “la casa a puertas cerradas” para la mujer del testador que no sólo recaía sobre la casa, sino también sobre la despensa, repleta de alimentos y bebidas (“vinum”, “oleum”, “frumentum”: vino, aceite, cereales<sup>25</sup>). La solución tradicional había sido excluir los bienes consumibles, pues, de no hacerlo, el legado debería declararse nulo porque el consumo (“consumitio” o “consumptio”) de tales bienes era ajeno a

21 “El significado de «quasi» en el vocabulario de los juristas romanos”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. 38, agosto 2016, pp. 85-86.

22 La RAE define el tropo como una figura retórica de pensamiento que consiste en el uso de una palabra con un sentido figurado; y señala que son tropos la metáfora, la metonimia y la sinécdoque.

23 “El significado”, cit., p. 87.

24 Con todo detalle y cita de fuentes, TORRELLES TORREA (*El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 41-48) y MOLLÁ NEBOT (*Usufructo de pecunia*, cit., pp. 29-131).

25 Se suelen incluir también los vestidos y ropajes (“vestmenta”), siguiendo lo afirmado equivocadamente por TRIBONIANO (Instituta, Libro II, Título IV, § 2), porque estos podrían ser, en su caso, objeto del usufructo de bienes deteriorables -“res quae usu minuuntur”- (de nuestro actual art. 481 CC, que recoge la obligación de restituir las cosas en el estado en que se encuentren, al igual que el original art. 589 Code y el art. 996 Codice). El problema se halla en la distinción entre consumibilidad y deteriorabilidad, que no siempre estuvo clara en la doctrina, diferenciando ACCURSIO los vestidos ordinarios o de diario, como objeto de cuasiusufructo, de los vestidos festivos o de ceremonias, como objeto de usufructo de cosas deteriorables (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho Civil*, T. I, *Curso de Derechos Reales*, vol. I, *Propiedad y Derechos Reales*, Comares, Granada, 2005, pp. 150-151). Distinción que también puede verse en HEINECCIO (*Recitaciones del Derecho Civil Romano*, T. II, trad. A. M. DE CISNEROS Y LANUSA, Imprenta de H. Dávila, Llera y Compañía, Sevilla, 1829, p. 92). Sobre el usufructo de vestidos vide SESMA URZAIZ, M. V.: “El usufructo de vestidos en el Derecho romano: La evolución de su tratamiento jurídico como cosas deteriorables”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias* (dir. por J. ROSET ESTEVE), vol. 3, Universidad Complutense de Madrid/Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1988, pp. 1641-1660.

la institución del usufructo lo que, en definitiva, suponía contradecir la voluntad del testador<sup>26</sup>. Por esto, un senadoconsulto de época incierta<sup>27</sup> validó el legado de usufructo de toda cosa que constase “estar en los bienes de alguien”<sup>28</sup> y la jurisprudencia posterior dedujo que esta fórmula hacía posible el usufructo de cosas consumibles (“res quae usu consumuntur”).

Pero esta figura no podía ser considerada un verdadero y propio derecho real de usufructo, pues daba lugar a una relación en la que el usufructuario adquiría la propiedad de los bienes usufructuados, y en la que el nudo propietario se convertía en acreedor y el usufructuario en deudor. Señala GUZMÁN BRITO<sup>29</sup> que, como carecía de nombre propio y no podía llamarse usufructo, porque no lo era (o, al menos, porque presentaba una especialidad sobre su objeto que desvirtuaba lo que hasta entonces se entendía por usufructo), se le denominó “cuasiusufructo”. En rigor, dicho término “cuasiusufructo” no es de origen romano (no es ni creación gayana, ni ulpiana), sino posterior -obra de los comentadores-, pero sí se deduce de las fuentes romanas en las que pueden leerse “quasi usumfructum constituit” o “quasi usufructus haberi”<sup>30</sup>. En estas expresiones -y en el término “cuasiusufructo”- “quasi” no significa “como”, sino que introduce una catacrexis (al igual que sucede cuando se habla de “cuasitudopropietario” o “cuasiusufructuario”<sup>31</sup>): se tomó el término usufructo y se le antepuso la partícula “quasi” ante la imposibilidad jurídica de denominarlo usufructo, pues, a diferencia de lo que acontece hoy en nuestro sistema, el “salva rerum substantia” se erigía en un elemento constitutivo esencial de tal derecho.

Frente a la opinión del profesor chileno, MOLLÁ NEBOT<sup>32</sup> sostiene que el hecho de que GAYO utilizara en el Digesto la expresión “quasi usus fructus haberi” para el usufructo de bienes consumibles lleva a la errónea conclusión de que se llama de otra manera porque es diferente, dando lugar a dos tipos de usufructo distintos. Pero, en realidad -dice-, lo que admitió el “consultum” senatorial fue la posibilidad de que el usufructo recayera sobre cosas consumibles, lo que no implicaba la introducción de un tipo de usufructo distinto del común.

26 Las referencias a los bienes consumibles se tenían por no puestas y, probablemente, lo que era considerado nulo no era el legado de usufructo, sino la parte que recaía sobre cosas consumibles (MOLLÁ NEBOT, M. A. S., *Usufructo de pecunia*, cit., pp. 68 y 74).

27 La más reciente doctrina lo sitúa alrededor del año 49-44 a. C. (MOLLÁ NEBOT, M. A. S.: *Usufructo de pecunia*, cit., p. 42).

28 D. 7, 5, 1. Ulpiano: “Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari”.

29 “El significado”, cit., p. 92.

30 SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión”, cit., p. 456; MOLLÁ NEBOT, M. A. S.: “Significado”, cit., p. 9; *Usufructo de pecunia*, cit., pp. 53-55.

31 O’CALLAGHAN (*Compendio de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales e Hipotecario*, 3ª edic., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, p. 275) se refiere al “pseudonudopropietario”.

32 “Significado”, cit., p. 8; *Usufructo de pecunia*, cit., pp. 55 y 75-80.

En todo caso, se siga una u otra postura, la verdad es que los juristas romanos pusieron el acento en la forma de constitución del cuasiusufructo y en la naturaleza de los bienes que constituían su objeto, sin preocuparse demasiado de su calificación jurídica<sup>33</sup>; con la excepción de GAYO, quien afirmó que el Senado no podía admitir un usufructo de cosas consumibles, porque esto suponía alterar la “naturalis ratio” del derecho real<sup>34</sup>. No era un usufructo propio (“usufructus proprie esset”) sino un cuasiusufructo (“quasi usufructus haberi”), siendo una razón de utilidad –“utilitas causa”- (la función económico-social al servicio de la demanda social<sup>35</sup>), la que llevó a admitirlo garantido con una caución (“cautio ex senatus consulto”)<sup>36</sup>.

En este sentido, señala MOLLÁ NEBOT<sup>37</sup> que esta reprobación gayana se justifica por ser GAYO un jurista eminentemente didáctico a quien no le encajaba en la exposición sistemática del usufructo incluir el de cosas consumibles con su antagonismo. El cuasiusufructo es contrario a la “naturalis ratio” (la lógica de las cosas, la lógica de las instituciones) por la contradicción esencial que entraña -por la violencia intelectual que supone- otorgar poder de disposición a quien no es propietario. Se produce, así, un sincretismo entre el “omnium rerum” y el “rerum consumuntur”, que concede al usufructuario no sólo el “uti”, el “frui” y el “possidere”, sino también el “habere” (poder de disposición) característico del derecho de propiedad<sup>38</sup>.

## 2. El objeto del cuasiusufructo y su controvertida naturaleza jurídica.

Pese a las objeciones señaladas y las notables diferencias entre el usufructo común y el cuasiusufructo, la doctrina estudia éste como una modalidad de aquél, por la especialidad de su objeto, dotándole de cierta autonomía, dentro de su marco institucional<sup>39</sup>.

El objeto del cuasiusufructo son cosas consumibles como alimentos o dinero. Son cosas consumibles (o de un solo uso) aquellas que se utilizan según su naturaleza o destino económico-social mediante actos que implican su desaparición (vino), la pérdida de su individualidad sin destrucción física (ladrillos), o su transformación

33 SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión”, cit., p. 456.

34 D. 7, 5, 2, 1: “Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit, sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi”.

35 Salvaguardar la situación económica de personas que carecían de testamentifacción pasiva: en concreto para procurar, mediante legado, a la mujer viuda, proveniente de un matrimonio *sine manu*, la continuidad, uso y disfrute de los bienes de los que normalmente hacía uso en su viuda conyugal (SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión”, cit., p. 457).

36 Ampliamente en SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión”, cit., pp. 459-465.

37 “Significado”, cit., pp. 13 y 16; *Usufructo de pecunia*, cit., pp. 81-87; “Usufructo de dinero, cit.”, pp. 9-10.

38 MOLLÁ NEBOT, M. A. S.: *Usufructo de pecunia*, cit., p. 49.

39 ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, JORDANO BAREA, MALUQUER DE MOTES, RIVERO HERNÁNDEZ.

(lana, algodón)<sup>40</sup>. También son consumibles las que desaparecen por pasar a otro patrimonio (dinero)<sup>41</sup>.

La consunción de los bienes objeto de este usufructo implica, de suyo, excluir el “uti frui salva rei substantia”<sup>42</sup>, lo que está permitido por el último inciso del art. 467 CC<sup>43</sup>, al aclarar que no es de esencia la conservación de la sustancia de la cosa para que se pueda hablar de usufructo, apartándose nuestro Código de los modelos francés de 1804 (art. 578<sup>44</sup>) e italiano de 1865 (art. 477<sup>45</sup>)<sup>46</sup>, que seguían el paradigma romano clásico (“usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia”). La esencia del derecho real de usufructo es el disfrute de bienes ajenos; la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa es accesoria o accidental<sup>47</sup> o relativa<sup>48</sup>.

Este sentido, resulta interesante destacar que, en la primera edición del Código Civil, el art. 467 tan solo señalaba que “[e]l usufructo es el derecho de disfrutar los bienes ajenos sin alterar su forma y sustancia”<sup>49</sup>, siendo la segunda edición del Código la que añadiera “a no ser que el título de su constitución o la

- 
- 40 Más ampliamente en RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 684-688; y en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2°, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad* (edición revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO), Dykinson, Madrid, 2001, p. 56.
- 41 Su objeto son bienes de consumo (consumibles) y no bienes productivos (fructíferos) pues su destino económico ordinario permite un uso que los destruye (física o jurídicamente) para prestar utilidad. Esto no obsta para que se pueda constituir un usufructo ordinario sobre una cosa consumible con la obligación de respetar su forma y sustancia cuando se destina a un fin distinto de su consumo (pompa u ostentación –“ad pompam vel ostentationem”–, por ejemplo: antiguas botellas de vino de una conocida bodega). Así lo destaca GARCÍA PÉREZ, C. L. (“Usufructo de cosas materiales”, cit., pp. 674-675), añadiendo que también hay bienes polivalentes como podría ser un usufructo ordinario de dinero, por analogía con lo que el art. 499 CC recoge para el usufructo de rebaño: si el rebaño es fructífero, el usufructo es ordinario; si es estéril es un usufructo de cosa consumible.
- 42 Sobre su significado y alcance, pueden verse los trabajos de FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: “Salva rerum substantia en el usufructo propio”, *Revista de Derecho Privado*, t. XXXV, 1951, pp. 189-206; y de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: “Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 813-868.
- 43 Art. 467: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.
- 44 “L’usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d’en conserver la substance”.
- 45 “L’usufrutto è il diritto di godere delle cose, di cui altri ha la proprietà, nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll’obbligo di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto nella forma”.
- 46 Definición del usufructo contenida en el art. 467 CC que ha sido criticada, por la inutilidad de las excepciones que acoge y porque su único rasgo característico es el de ser un derecho de gozar las cosas ajenas, por LUNA SERRANO (“La inútil definición del usufructo del art. 467 del Código Civil”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 50, 2007, pp. 81-85), siendo partidario de la solución abstencionista del legislador italiano de 1942 (ausencia de definición).
- 47 JORDANO BAREA, J. B.: “El cuasi-usufructo”, cit., pp. 995-996; TORRELLES TORREA (*El usufructo de cosas consumibles*, cit., p. 38; PEREÑA VICENTE, M.: *La constitución voluntaria del usufructo*, Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, Madrid, 2005, p. 54.
- 48 GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Usufructo de cosas materiales”, cit., p. 669.
- 49 Tomada esta definición del Proyecto de Código Civil 1851 (art. 435), había suprimido, sin embargo, el inciso final (“salvo lo dispuesto en el artículo 444”, que es el que regulaba el usufructo de cosas fungibles).

ley autoricen otra cosa”<sup>50</sup>. Y esto, quizá, como consecuencia de la anomalía que pusiera de relieve AZCÁRATE en los debates parlamentarios<sup>51</sup>: “Lo que pasa en el usufructo es muy extraño; porque el Código dice que «el usufructo es el derecho de disfrutar los bienes ajenos sin alterar su forma y sustancia». Esto es el «salva rerum substantia» del derecho romano. Pero el art. 481 habla de cosas que sin consumirse se deterioren poco a poco por el uso, y el 482 habla del usufructo de cosas que no se pueden usar sin consumirlas. De manera que después de decir que en el usufructo es preciso que queden a salvo la sustancia y la forma de las cosas, se admite el usufructo de minas, de las cosas que se deterioran por el uso, y hasta de las cosas fungibles”. Y continúa: “Si eso significara que habíais ensanchado tanto el concepto para hacer entrar en él aquello que no cabe en el concepto que los romanos tenían del usufructo, es decir, el «cuasiusufructo», santo y bueno; pero conserváis el concepto antiguo, y a seguida os ponéis en contradicción con él [...]”<sup>52</sup>.

Sus supuestos más paradigmáticos son el usufructo de un patrimonio y el usufructo de una herencia, en los que las cosas consumibles coexisten con las cosas propias de un usufructo común. De ahí que el artículo codicial se exprese en subjuntivo (pretérito imperfecto) diciendo: “si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas”. Esta misma idea se encuentra en el art. 561-5 CCCat cuando dice: “Si el usufructo recae, en todo o en parte, sobre cosas consumibles [...]”. El Derecho navarro, en cambio, parte de la consideración de que el usufructo puede constituirse directamente sobre cosas consumibles que no integren un usufructo de contenido más amplio, al señalar: “Cuando el usufructo verse sobre cosas consumibles [...]” (ley 410)<sup>53</sup>.

El art. 482 CC contiene un planteamiento complicado al cohonestar el usufructo de cosas consumibles (“ius utendi vel consumendi”), partiendo de que éstas desaparecen por su uso, con la necesidad de establecer un mecanismo de restitución tuitivo del propietario<sup>54</sup>. Este mecanismo protector consiste en valorar

50 Añadido que fue omitido en la Exposición dirigida al Gobierno por la Comisión General de Codificación en la que se explican los fundamentos de las enmiendas y adiciones de la edición reformada del Código Civil (Real Orden de 29 de julio de 1889, publicada el 30 de julio en la Gaceta de Madrid) (LATOUR BROTONS, J.: “Estudio del usufructo”, cit., p. 601).

51 Sesión de 6 de abril de 1889, núm. 88. *El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, II Secretaría General del Senado, edición de 1989, p. 1673.

52 Contestado por Germán GAMAZO en la sesión de 9 de abril de 1889, núm. 90 (*El Código Civil. Debates Parlamentarios (1885-1889)*, II, cit., p. 1700): “Lo mismo puede decirse de todos los Códigos del mundo, que han incurrido en el error que en efecto se trató de enmendar por la admisión del cuasiusufructo, pero que no impedía que estando comprendido el cuasiusufructo en la noción general de usufructo, al definir éste se dijera siempre que había de salvarse la sustancia de la cosa”.

53 ARREGUI GIL, J.: “Comentario a las leyes 408 y 410 de la Compilación Navarra”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), T. XXXVIII, vol. 1<sup>o</sup>, Edersa, Madrid, 2002, p. 296.

54 MALUQUER DE MOTES, C. J.: “Comentario al art. 482 CC”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1291.

las cosas al comenzar el usufructo para determinar qué es exactamente lo que ha de devolverse o, de no hacerlo, darle la opción al usufructuario entre devolver el “tantundem” (“res altera”) o su precio al cesar el usufructo (“pretium rei”)<sup>55</sup>. Cabe, también, de no haber habido estimación, que el usufructuario devuelva la misma cosa entregada (“res ipsa”) si no ha sido consumida y se encuentra en buen estado<sup>56</sup>.

La complejidad reside, pues, en que mientras el usufructo es una institución conservadora (conservar la sustancia para devolver esa misma cosa ajena a su dueño: el “salva rerum substantia”), el usufructo de cosas consumibles no exige que la sustancia deba ser conservada pues, precisamente, su uso, su consumo, implica su destrucción (se confunden el “ius fruendi” y el “ius abutendi”)<sup>57</sup>. El mentado precepto dota de validez a este tipo de usufructo de cosas consumibles y, simultáneamente, resuelve el problema de su extinción.

No obstante, la oscuridad que presenta el usufructo de cosas consumibles genera dudas sobre su propia esencia. La doctrina se ha planteado si es un verdadero derecho de usufructo o si se está ante otra figura jurídica (un derecho real sobre cosa ajena distinto, un usufructo ordinario con facultad de disposición y exención de acreditar la necesidad, una propiedad limitada<sup>58</sup>, un préstamo mutuo, un fideicomiso de residuo si procede por vía hereditaria o, incluso, una propiedad fiduciaria<sup>59</sup>).

Si la doctrina más antigua lo concebía como un préstamo, en la actualidad son otras las hipótesis que se barajan, dividiéndose la doctrina entre quienes consideran que el cuasiusufructo implica, de suyo, la transmisión de la propiedad al cuasiusufructuario, y quienes niegan dicha eficacia transmisiva<sup>60</sup>. Veamos.

---

55 La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018) no lo prevé como una opción del usufructuario, sino como obligación de restituir la misma cantidad y calidad y, de no ser posible, su valor, al disponer en su art. 353-2. Cuasiusufructo: “Si el usufructo recae sobre bienes consumibles, el usufructuario debe restituir otros de la misma cantidad y calidad o, si ello no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho”.

56 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, cit., p. 696; MALUQUER DE MOTES, C. J.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 1293.

57 Pues las cosas consumibles son aquellas de las que sólo se puede obtener beneficio con su consumo.

58 Propiedad limitada por la obligación de restitución. Cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 215; SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión”, cit., p. 469.

59 Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: “Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (II. Usufructo de dinero)”, en AA.VV.: *Actas de los decimotavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2008, p. 200.

60 Ver ampliamente en TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 196-266.



A) Su concepción originaria como préstamo.

La doctrina más antigua, desde los profesores GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN<sup>61</sup> entendía, acudiendo a una institución jurídica exógena, que el cuasiusufructo era, en realidad, un préstamo mutuo, ubicado, en cambio, en el capítulo del usufructo, porque, al examinar los usufructos universales, el legislador quería dejar sentado que los bienes consumibles debían ser incluidos en el usufructo.

No obstante, son muchas las diferencias que los separan. El cuasiusufructo puede establecerse por testamento, el mutuo no; en caso de duda, el cuasiusufructo establecido por contrato se presume oneroso, el mutuo, en cambio, gratuito; el cuasiusufructo requiere inventario y fianza, el mutuo no; también se distinguen en cuanto a su duración y a las cosas que deben ser restituidas: el derecho de crédito del acreedor, extinguido el usufructo, si las cosas no se dieron estimadas, a la restitución del “tantundem” o a su valor, es muy distinto del derecho del prestamista si no se estableció plazo, ejercitable en cualquier momento, estando obligado a la devolución el prestatario con sus consecuencias en orden a los riesgos o a los intereses moratorios<sup>62</sup>.

B) Su concepción como usufructo en sentido económico (*usufructus impropriae dictum*): la adquisición de la propiedad de los bienes usufructuados en el momento de la entrega.

Señala la doctrina, liderada por ALBALADEJO<sup>63</sup>, que el usufructo de cosas consumibles que sólo prestan utilidad al usufructuario con su consumo no es

- 
- 61 GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY, P. y MONTALBÁN HERRANZ, J. M. (*Elementos de Derecho Civil y Penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. I, 13<sup>a</sup> edic., Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1881, p. 634) decían: “Al cuasiusufructo, difícilmente se le podrá señalar una diferencia esencial que le distinga del mutuo, con especialidad cuando se constituye en dinero, en granos o en otras semejantes especies”. Seguidos por MANRESA y NAVARRO (“Comentario al art. 482 CC”, en *Comentarios al Código Civil Español*, 5<sup>a</sup> edic., Reus, Madrid, 1931, p. 382); MUCIUS SCAEVOLA (“Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 952); y PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (en los estudios a ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, T. III, *Derecho de Cosas*, vol. 2<sup>o</sup>, *Gravámenes*, traducción de la 32<sup>a</sup> edic. alemana, 2<sup>a</sup> edic., al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1951, p. 105).
- 62 Diferencias señaladas por DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., pp. 216 y 217. Más ampliamente en TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 73-84. Algunas fueron ya destacadas por el racionalista HEINECCIO (*Recitaciones del Derecho Civil Romano*, cit., pp. 91-92), quien afirmaba que “en el mutuo pueden permitirse usuras, mas en el cuasiusufructo, de ninguna manera”. Distinción ésta relativa porque -como ha señalado la autora citada- ambas figuras pueden ser onerosas o gratuitas.
- 63 *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, 11<sup>a</sup> edic. (revisada y puesta al día por E. CORDERO LOBATO), Edisofer, Madrid, 2010, p. 533; y en “El cuasiusufructo”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coord. por J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO), Universitat de València, Valencia, 2008, p. 6. Le siguen LATOUR BROTONS, J.: “Estudio del usufructo”, cit., pp. 602 y 631; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (*Curso de Derecho Civil*, T. I, *Curso de Derechos Reales*, vol. I, *Propiedad y Derechos Reales*, cit., p. 150), y O’CALLAGHAN (*Compendio de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales e Hipotecario*, cit., p. 275). También parece PEÑA BERNALDO DE QUIROS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2<sup>a</sup> edic., Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1986, p. 273), aunque a su vez expone la tesis contraria. Para LATOUR BROTONS (“Estudio del usufructo”, cit., p. 625) el usufructo ordinario y el cuasiusufructo son dos instituciones jurídicas antagónicas, unidas en su nacimiento y extinción. Habla de una “artificial unidad jurídica”; lo califica de usufructo subrogado y señala que es una ficción (p. 630).

realmente un usufructo en sentido jurídico, sino económico<sup>64</sup>. La conservación de las cosas (según determina el principio “salva rerum substantia”) y su devolución posterior no le prestarían ninguna utilidad al usufructuario. No resulta posible al tiempo aprovechar y conservar las cosas cuyo uso adecuado es el de su consumo.

Por esto, de conformidad con los antecedentes provenientes del Derecho romano<sup>65</sup>, el usufructuario adquiere la propiedad de las cosas consumibles (bajo la dicotomía “pars dominii, pars rei”)<sup>66</sup> -y no un derecho real de goce (usufructo)- con la obligación de devolver el importe de su avalúo u otro tanto de la misma especie y calidad (o su precio corriente)<sup>67</sup>.

El nudo propietario no lo es tal, pues pierde la propiedad sobre las cosas consumibles, siendo titular de un derecho de crédito contra el cuasiusufructuario<sup>68</sup>.

La adquisición de la propiedad por el usufructuario está limitada económicamente (no jurídicamente) por la obligación de restituir el “tantundem eiusdem generis et qualitatis” o su valor.

64 Así lo afirmaba la doctrina alemana (ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, T. III, *Derecho de Cosas*, cit., p. 104) respecto de su § 1067.

65 D. 7. 5. 7: “Si vini, olei, frumenti usufructus legatus erit, proprietatis ad legatarium, transferri debet, [...]”. Lo explica muy bien SALAZAR REVUELTA, M. (“La transmisión”, cit., pp. 466-468), señalando que, para los juristas clásicos, los efectos traslativos de la propiedad se verificaban con la prestación de la “cautio quasiusufructuaria” (garantía), que constituía un elemento esencial.

66 También PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1979, p. 365; BORREL MACIÀ, A.: “Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo”, *Revista de Derecho Privado*, t. XXXIII, 1949, p. 1073; y la doctrina más antigua: MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 382; y MUCIUS SCAEVOLA, Q.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 953.

67 Así se regula expresamente en el Fuero Nuevo de Navarra (ley 410): “El usufructo puede constituirse sobre toda clase de bienes, aunque no produzcan frutos, y sobre la totalidad o parte alícuota de un patrimonio. Cuando el usufructo verse sobre bienes consumibles, el usufructuario adquirirá sobre ellos la plena disposición, pero deberá restituir una cantidad igual del mismo género y calidad”.

La expresión “plena disposición” sirve de base para sostener que en el Derecho navarro el usufructuario adquiere la propiedad. En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R. “Comentario a las leyes 408 a 410 de la Compilación Navarra”, en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO y M. L. ARCOS VIEIRA), 2ª edic., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 1722; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “El usufructo en los derechos forales y especiales”, en J. L. LACRUZ BERDEJO y otros: *Derechos Reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2ª edic., J. M. Bosch, Barcelona, 1991, p. 104; y ARREGUI GIL (“Comentario a las leyes 408 y 410 de la Compilación Navarra”, cit., pp. 277, 281 y 295), quien sostiene que la consideración del usufructo como “propiedad temporal” es la propia de los derechos forales y tiene su origen en la distinción romana entre el “dominus usufructus” (usufructuario) y el “dominus proprietatis” (nudo propietario).

Esta tesis es la que acogen expresamente la mayor parte de los Códigos Civiles iberoamericanos (véase SALAZAR REVUELTA, M.: “La transmisión”, cit., pp. 474-475), como exponemos después.

En contra de que esta teoría fuera la acogida por el Derecho romano y de que haya de entenderse así en la actualidad, MOLLÁ NEBOT, M. A. S.: *Usufructo de pecunia*, cit., pp. 87-100.

68 La doctrina española y extranjera explica la transmisión de la propiedad a través de distintos expedientes: por la propia ley (cuando así lo dispone), por la confusión de las cosas consumibles con otras de la misma clase en el patrimonio del usufructuario, por la intención (expresa o presunta) de las partes o por la estimación de la cosa dada en usufructo. A su vez, para algunos, la transmisión de la propiedad tiene lugar en el momento de la constitución del usufructo, con la entrega; con la pérdida de la individualidad de las cosas consumibles al confundirse con otras de su clase en el patrimonio del usufructuario; o en el de su transformación o su consunción. Todo ello, ampliamente, en TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 196-249.

Respecto de su construcción jurídica, puede afirmarse, por tanto, que el cuasiusufructuario adquiere la propiedad de las cosas consumibles mediante la entrega y, a partir de ese momento, contrae la obligación de devolverlas. El inicialmente llamado nudo propietario pierde la titularidad de los bienes, que pasan totalmente al poder del usufructuario, convirtiéndose en propietario desde su recepción.

Por esto, dice MALUQUER DE MOTES<sup>69</sup> que lo que inicialmente se contempla como un derecho de goce sobre una cosa ajena se transforma en un derecho de adquisición de la propiedad inicialmente ajena, con todas las consecuencias en materia de riesgos que ello comporta. Por tanto, si la cosa se pierde tras su entrega y antes de ser consumida, por caso fortuito o fuerza mayor, esta pérdida la debe sufrir el nuevo propietario-usufructuario, que, pese a la pérdida y pese a que no ha consumido la cosa, está obligado a la restitución. De considerar que no se produce el cambio de la titularidad dominical, aplicando la "perpetuatio usufructus", sería el nudo propietario quien sufriría la pérdida por caso fortuito, careciendo de derecho a la restitución. Pero hay también una tercera opinión, que sostiene que el artículo es una excepción en materia de riesgos, de forma que el usufructuario debe asumir siempre la pérdida del bien, pues la norma obliga a la restitución en todo caso, sin establecer salvedades<sup>70</sup>.

Operada dicha "transformación institucional" -continúa MALUQUER DE MOTES<sup>71</sup>- resulta indiferente que el denominado originariamente usufructuario use o no la cosa, pues no está obligado a hacerlo. Puede darle el destino que desee, consumiéndola, enajenándola o no consumiéndola. Por esto -señala este autor-, el uso no es determinante de una transformación posterior de la institución. El contenido de este usufructo de cosas consumibles no son unas reglas de uso, sino la configuración de los mecanismos restitutorios a favor del primigenio propietario que sirvan para resarcirle por la pérdida de la titularidad de sus bienes.

En este sentido, la ley parte de que el mejor sistema para concretar las relaciones entre las dos partes es la estimación de las cosas al constituir el usufructo, en cuyo caso la obligación del usufructuario-proprietario es pagar su avalúo "al terminar el usufructo"<sup>72</sup>. Pero, si no se produjo tal estimación, el usufructuario tiene la opción

69 "Comentario al art. 482 CC", cit., p. 1292.

70 TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 346-347.

71 "Comentario al art. 482 CC", cit., pp. 1292-1293.

72 Opina MALUQUER DE MOTES ("Comentario al art. 482 CC", cit., p. 1293) que el Código Civil, en consonancia con su concepción del cuasiusufructo (transmisivo de la propiedad), tendría que haber establecido que el importe estimado de las cosas debe entregarse en cuanto se reciban y, en cambio, mantiene la obligación de pago al final del término, dando a entender, así, que hay un cierto periodo de vigencia de este llamado "derecho de usufructo".

de entregar lo mismo que recibió, el “tantundem” o el precio corriente al cesar el usufructo<sup>73</sup>.

Esta concepción del cuasiusufructo ha sido la mayoritaria muchos años. Un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1964 (Aranzadi núm. 1682, 1965), sobre las consecuencias fiscales de un legado de usufructo de dinero que se invirtió en la adquisición por compra de una participación indivisa de un bien inmueble, vino a sostener: “[...] que en el usufructo de cosa consumible se otorga al usufructuario para que pueda obtener de ella toda la utilidad de que fuera susceptible una titularidad de disposición, en definitiva la propiedad misma, convirtiendo al nudo propietario en un acreedor”. Este Acuerdo es citado por varios autores, señalando equivocadamente que se trata de una sentencia del Tribunal Supremo<sup>74</sup>, lo cual indica la inexistencia de jurisprudencia al respecto (al menos en el momento en que ellos lo citaron).

Pero, como señala RIVERO HERNÁNDEZ<sup>75</sup>, esta teoría ofrece dos inconvenientes prácticos e injustos, pues, al reputarse propietario al usufructuario, le traslada el riesgo de pérdida de la cosa antes de disfrutarla con su consumo; y las cosas le pueden ser embargadas o incluidas en la masa del concurso sin haberlas disfrutado.

*C) Su concepción como verdadero derecho real de goce (ius alienis rebus utendi vel consumendi): la desaparición de la nuda propiedad con el consumo.*

No obstante, para cierto sector doctrinal, que sigue la línea principalmente marcada por el italiano Domenico BARBERO (“Il quasi-usufrutto ed il quasi-uso”, *Rivista di Diritto Civile*, XXXI, 1939, pp. 208-227), seguido en España por JORDANO BAREA<sup>76</sup>, tras la entrega de las cosas consumibles, el nudo propietario sigue manteniendo tal cualidad y, sólo cuando son consumidas, el derecho de goce del usufructuario se convierte en la obligación de devolver el “tantundem”; y el derecho del propietario en un crédito a tal devolución.

Para la posición contraria señalada en el epígrafe anterior, el traspaso de la propiedad al usufructuario con la entrega de las cosas consumibles se justifica

73 Pese a la literalidad del precepto (derecho de restituir), se trata, en realidad, de una *facultad de optar*, que deberá ser aceptada por el propietario (GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Usufructo de cosas materiales”, cit., pp. 698-699).

74 DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 218; MALUQUER DE MOTES, C. J.: “Comentario al art. 482 CC”, cit., p. 1292; MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: “Usufructo de viudedad”, cit., p. 197. Y, aunque señala que es un acuerdo, lo califica de jurisprudencia TORRELLES TORREA (“El usufructo de cosas consumibles”, cit., p. 200).

75 *El usufructo*, cit., p. 681.

76 “El cuasi-usufructo”, cit., pp. 995 ss. y 1006. También ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos Reales*, 3ª edic., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, pp. 307-308; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario al art. 482 CC”, pp. 213-215; MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: “Usufructos de viudedad”, cit., p. 204; CLEMENTE MEORO, M. E.: “Comentario al art. 482 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. III (dir. por R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO), Tirant lo Blanch, Madrid, 2013, p. 3894.

porque su goce es incompatible con la propiedad de otro y porque resulta preciso ser propietario para poder consumirlas. Sin embargo, frente a esta opinión, para JORDANO BAREA<sup>77</sup> no es necesario que el usufructuario adquiriera la propiedad para poder consumir legítimamente las cosas recibidas en usufructo. Este autor apoya su postura en que el Código Civil no indica de forma expresa que se transmita la propiedad por la entrega, a diferencia de lo que de modo terminante sí dispone para el mutuo (art. 1753 CC<sup>78</sup>), sino que habla de simple derecho a servirse de la cosa, paralelamente a lo que se dice a propósito de las cosas deteriorables, de las que nadie duda que permanecen en propiedad ajena<sup>79</sup>.

Desde esta perspectiva, se darían dos consecuencias: en tanto en cuanto la cosa no sea consumida, si el usufructo se extingue, el usufructuario (o sus herederos) deben devolver las mismas cosas recibidas<sup>80</sup>; si perecen sin su culpa, perecen para su dueño (“res perit domino; casum sentit dominus”), quien asume, por tanto, el riesgo del caso fortuito; y si el usufructuario cae en concurso, el dueño tiene el derecho de separación “ex iure domini”, pues no puede ser tratado como un acreedor, sino como dueño de una cosa que otro posee<sup>81</sup>.

Los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>82</sup> concuerdan con JORDANO BAREA, en el sentido de que, con la entrega, no hay transmisión de la propiedad, sino un auténtico derecho real de usufructo sobre cosa ajena que continúa siendo ajena, aunque se atribuya al usufructuario el “ius abutendi”. Sin embargo, desarrollan una interesante puntualización: la propiedad de las cosas consumibles se pierde con la consumición por el usufructuario “o bien cuando se confunden las cosas objeto de usufructo en su patrimonio sin posibilidad de individualización<sup>83</sup> (v. gr., dinero), naciendo entonces un derecho de crédito a favor del que fue propietario”.

En este mismo sentido, dice LACRUZ<sup>84</sup> que “[...] la propiedad de las cosas consumibles no pasa inmediatamente al cuasiusufructuario porque el acto de

77 “El cuasi-usufructo”, cit., pp. 1004-1010.

78 Art. 1753: “El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”.

79 “El cuasi-usufructo”, cit., p. 1006.

80 En contra de esta doctrina señala agudamente ALBALADEJO (*Derecho Civil, III, Derecho de Bienes*, cit., p. 534; “El cuasiusufructo”, cit., pp. 6 y 7) que el art. 482 CC no subordina el derecho a servirse de las cosas y la obligación de devolver su avalúo a que efectivamente se hayan utilizado, porque tiene tal derecho, pero puede no ejercitarlo, y cumple entregando su avalúo. A su vez, dicho artículo señala que si no hubo estimación debe restituirlas en igual cantidad y calidad o pagar su precio, y tal facultad tampoco se subordina al hecho de su consumo.

81 Expone este planteamiento PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, B.: *Derechos reales*, cit., p. 273.

82 *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 5ª edic., Tecnos, Madrid, 1995, p. 421. También DORAL GARCÍA DE PAZOS: “Comentario al art. 482 CC”, cit., pp. 211 y 218.

83 Puntualización que sigue ESPIN CÁNOVAS (*Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos Reales*, cit., p. 307), siguiendo a la doctrina italiana; con la que no se muestra de acuerdo JORDANO BAREA, J. B.: “El cuasiusufructo”, cit., p. 1012.

84 LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, cit., pp. 54-55.

constitución del usufructo y la entrega de tales cosas por este concepto no es título suficiente para que se transfiera la propiedad de las mismas”; [...] las cosas consumibles dadas en usufructo [...] se reciben en goce y se tienen como cosa ajena mientras no sean consumidas físicamente, o enajenadas, o pierdan su individualidad al mezclarse o confundirse con otras del usufructuario y hacerse irrevindicables [...]”.

También GETE-ALONSO<sup>85</sup> sostiene que el nudo propietario sigue siendo propietario y deja de serlo en el momento en que se produce la utilización -desaparición- de la cosa, que es cuando se extingue el derecho real sobre la misma. El usufructuario no adquiere la propiedad de la cosa porque consunción, desaparición de la cosa y extinción del derecho se producen en el mismo momento.

Por otro lado, como se ha señalado, el art. 482 CC no establece que el usufructuario adquiera la propiedad de las cosas consumibles, como sí lo hace en el caso del mutuo el art. 1753 CC, concediendo sólo el derecho a servirse de ellas; omisión que no parece que se trate de un olvido del legislador; pues, como señala TORRELLES TORREA<sup>86</sup>, se trata de una cuestión lo sumamente importante como para haber sido recogida expresamente, como hace, por ejemplo, el §1067 BGB<sup>87</sup>. El art. 482 CC configura el usufructo de cosas consumibles como un verdadero usufructo y, en consecuencia, como un derecho real en cosa ajena que no es compatible con las tesis que ven que el cuasiusufructo produce la transmisión de la propiedad<sup>88</sup>.

Con el cambio de la “res ipsa” por la “res altera” o “pretium rei” -dice TORRELLES TORREA-, estamos antes una “perpetuatio usufructus” o “perpetuatio domini”, es decir, ante la subsistencia del derecho real. Señala la autora que existe una inmutabilidad o identidad en la relación jurídica a pesar del cambio o sustitución

85 *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 362.

86 TORRELLES TORREA, E.: *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 233-234.

87 §1067 BGB: I. “Si el objeto del usufructo son cosas consumibles, el usufructuario se convierte en propietario de las cosas [...]”. También el Código Civil griego (versión en francés de L’Institut Hellénique de Droit International et Étranger, 13ª edición, Éditions Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 2000: art. 1174: “Si l’usufruit a pour objet des choses consommables, l’usufruitier, sauf stipulation différente, en devient propriétaire, étant obligé de rendre à la fin de l’usufruit, aux choix de celui qui l’a constitué, soit le valeur que lesdites choses avaient à l’époque de la constitution de l’usufruit, soit d’autres choses de quantité et qualité identiques”); el Código Civil chileno (art. 789: “Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igualdad cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo”); el Código civil boliviano (art. 229: “Si el usufructo comprende cosas consumibles, el usufructuario se hace dueño de ellas quedando sujeto a restituir otras en igual cantidad y calidad o a pagar el valor que tengan a tiempo de terminar el usufructo”); y el derogado Código Civil argentino de 1869 (art. 2811: “El cuasiusufructo transfiere al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y puede consumirlas, venderlas, o disponer de ellas como mejor le parezca”). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha suprimido, sin embargo, el cuasiusufructo, salvo si su objeto es un conjunto de animales (art. 2130). Cfr. FUSTER, G. A.: “Algunas consideraciones en torno al concepto, al objeto y a la legitimación del derecho real de usufructo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Notarial (Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba)*, núm. 92, 2015, p. 197.

88 USERA CANO, L.: “Usufructo de cosas consumibles”, cit., p. 396.

de la cosa afectada. No hay desaparición o consumición definitiva del objeto, sino transformación<sup>89</sup>.

Por su parte, SERRANO DE NICOLÁS considera que el usufructo de cosas consumibles forma parte de una “categoría general de usufructo de disposición” en la que el usufructuario es titular de un derecho real en cosa ajena, aunque ostente tal facultad dispositiva. La misma es una exigencia de la propia naturaleza (una mera consecuencia natural) de la cosa usufructuada porque no es posible disfrutarla sin consumirla (es decir, sin disponer). La facultad dispositiva no necesita ser conferida por el constituyente, quien tampoco puede prohibirla<sup>90</sup>. Por esto, no debe confundirse con el usufructo con facultad de disponer, incluso aun cuando el constituyente obligue a reintegrar el equivalente, pues, en tal caso, la obligación de restitución no se encuentra en la naturaleza consumible de los bienes usufructuados, como sucede en el cuasiusufructo, sino en la voluntad del constituyente de no mermar las expectativas del nudo propietario<sup>91</sup>.

Finalmente, también RIVERO HERNÁNDEZ<sup>92</sup> se suma a las opiniones anteriores, pues una interpretación racional del art. 482 CC no permite concluir que la propiedad pase al usufructuario, a diferencia de la regulación que contienen otros ordenamientos (ya vistos), quedando así a salvo, el interés del nudo propietario y su goce diferido, pero no disminuido, de cosas destinadas por su naturaleza a extinguirse al usarlas.

Por su parte, la SAP Pontevedra, Sede Vigo (Secc. 6<sup>a</sup>), 29 junio 2016, tras destacar las diferencias con el mutuo (el mutuo es un contrato real del que dimana un derecho personal y el usufructo es un derecho real de donde el usufructuario tiene acción “erga omnes” para pedir la restitución de la cosa; el mutuo no se extingue por la muerte del mutuuario, en tanto la muerte del usufructuario extingue el derecho real), señala que el usufructo de cosa consumible es un “ius in re aliena”, de forma que la entrega de la cosa al nudo propietario no es en virtud de pago (art. 1156 CC), sino restitución (automática y “ex lege”) consecuente de la extinción del derecho real de usufructo, recobrando el nudo propietario las facultades transmitidas al usufructuario. Y concluye que “el hijo

89 *El usufructo de cosas consumibles*, cit., pp. 263-264.

90 SERRANO DE NICOLÁS, Á.: *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, Tesis Doctoral, dir. F. RIVERO HERNÁNDEZ, Universidad de Barcelona, 2005, pp. 62-72. Señala este autor (p. 518) que “estamos ante un derecho real con una legitimación extraordinaria de disponer sobre un patrimonio ajeno, sin necesidad de tener que llegar a adquirir la propiedad y, por tanto, sin tener que aplicar las consecuencias propias de la transmisión de la propiedad en materia de riesgos, de embargos, situaciones concursales o sobre el posible ejercicio de la acción reivindicatoria por el nudo propietario, que ostentaría en todo momento una acción real y no un simple derecho de crédito para reclamar el equivalente”.

91 CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Diversas formas de canalización de la cautela socii*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 64-65.

92 *El usufructo*, cit., 683-684. También GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Usufructo de cosas materiales”, cit., p. 694; AGUILAR RUIZ, L.: “Comentario al art. 482”, cit., p. 1966.

nudo propietario tiene derecho a que la extinción del usufructo por muerte de su madre usufructuaria produzca la plenitud de sus efectos, lo que significa que tiene derecho a que le sea entregada la parte de dinero que la madre mantuvo en usufructo hasta su fallecimiento y a reclamarlo así de quien le sucede en la titularidad de derechos y obligaciones como heredera universal que es”.

La actual regulación aragonesa del usufructo de dinero está inspirada en la concepción del usufructo de pecunia como un derecho real en cosa ajena, de forma que, pese a que el art. 299 CDFA<sup>93</sup> no lo dice expresamente, se entiende que no hay traspaso inmediato del dominio. En efecto, en opinión de la doctrina aragonesa<sup>94</sup>, si el dinero permanece intacto y separado, sin mezclarse con el del viudo, se está ante un usufructo en el que el usufructuario tiene derecho a los intereses producidos y la obligación de devolver todo el dinero recibido. Si, en cambio, el viudo opta por la disposición del dinero, surge la obligación de restitución del valor actualizado, caso en el que deviene propietario. En el Derecho común, en cambio, está extendida la idea de que, en cualquier caso, el usufructuario de dinero lo hace suyo, debiendo devolverlo al final del usufructo. Frente a esta opinión, que concibe el usufructo de dinero como un cuasiusufructo, se están alzando voces que entienden que su mejor configuración sería la de un usufructo ordinario, concediendo al usufructuario el derecho a la obtención de los rendimientos del mismo, pero no su propiedad<sup>95</sup>.

### 3. La aplicación al cuasiusufructo de las normas del usufructo ordinario y la conveniencia de la actualización de la regulación codificada.

La particular idiosincrasia del cuasiusufructo ofrece dudas también respecto a la aplicación de las normas reguladoras del usufructo ordinario. En este sentido, DORAL GARCÍA DE PAZOS<sup>96</sup> considera que a partir del art. 467 CC, que dota de carta de naturaleza al usufructo de cosas consumibles, tiene aplicación el art. 470 CC<sup>97</sup>, relativo al ámbito de su autonomía (como si las partes constituyen un cuasiusufructo sobre cosas no consumibles por naturaleza: cuasiusufructo atípico

93 “El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto”.

94 BIESA HERNÁNDEZ, M. C.: “Fianza y usufructo aragonés de dinero del cónyuge superviviente del binubo premuerto. Comentario de la Sentencia del TSJADE de 3 de julio de 2013”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año XX, 2014, pp. 249-250.

95 Sobre el particular, véase MEDINA ALCOZ, M., “El usufructo”, cit, pp. 2935-2969.

96 “Comentario al art. 482”, cit., pp. 217-218.

97 Art. 470 CC: “Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes”.



o cuasiusufructo convencional<sup>98</sup>) o el art. 520 CC<sup>99</sup> (responsabilidad derivada del uso anormal del disfrute). Este último -añade- sólo aplicable si se considera que el usufructuario no obtiene la propiedad con la entrega; ahora bien, si se entiende que hay adquisición de ésta, es posible acudir a la doctrina del abuso de derecho en el ejercicio de la propiedad adquirida para llegar a la misma solución<sup>100</sup>. No menciona el autor el art. 494 CC, pese a que tiene con este último cierto paralelismo que pone de relieve DEL CARPIO FIESTAS<sup>101</sup>: el art. 520 CC permite al nudo propietario exigir que se le entregue la cosa usufructuada por abuso del usufructuario que le cause considerable perjuicio a cambio de abonarle a este último el producto líquido del que se descuentan el precio de administración y los gastos. El art. 494 CC dispone que la cosa usufructuada se ponga en administración cuando no se presta fianza, a cambio de pagar el producto líquido menos la suma que por administración se señale. En un caso hay abuso del usufructuario con perjuicio del nudo propietario; en el otro, hay ausencia de fianza. El mecanismo de protección en ambos supuestos es su entrega en administración, obligando a pagar al usufructuario el producto líquido menos ciertas deducciones.

Por tanto, sí son aplicables las normas que imponen la obligación de hacer inventario de los bienes, con clara expresión de su cantidad, especie y calidad, pues serán tenidas en consideración para la restitución del "tantundem" o para su correcta valoración; y la de prestar fianza, pues las cosas consumibles desaparecerán por su consunción (arts. 491 y 494 CC).

Por lo general, la doctrina<sup>102</sup> coincide en que no tienen aplicación el art. 467 CC -obviamente- (obligación de salvar la forma y la sustancia), ni el art. 497 CC

98 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, cit., pp. 687-688. Ejemplo: Quien da una liberalidad en usufructo autorizando a disponer de todos o parte de los bienes usufructuados, con la carga de restituir, al fin del usufructo, cosas semejantes o su equivalente en dinero.

99 Este artículo dispone: "El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero, si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándole a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración". En contra de su aplicación, RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, cit., p. 684, afirma "¿en qué consistiría el «mal uso» o el abuso de la cosa usufructuada en su relación con el nudo propietario, a quien no se le va a devolver?".

100 La doctrina del abuso de derecho ha sido alegada en algunos procedimientos sobre usufructo de dinero, al sostener que la disposición por parte del usufructuario constituye un abuso (SAP Valencia, Secc. 11<sup>a</sup>, 10 noviembre 2005); o que la situación económica del usufructuario permite suponer que no va a estar en condiciones de devolver el dinero a la extinción del usufructo para, sobre la base de los arts. 520 y 7 CC, solicitar que el juez le ordene constituir un depósito del que obtenga los intereses generados (SAP Huesca, Secc. 1<sup>a</sup>, 21 marzo 2000). También la SAP Valencia (Secc. 8<sup>a</sup>) 29 enero 2018: el demandante-nudo propietario alega el art. 520 CC, solicitando el reintegro del dinero en la cuenta corriente en la que estaba ante el riesgo de su desaparición o pérdida y ser nula la rentabilidad por haberlo extraído y guardado el usufructuario en una caja fuerte sin saberse dónde.

101 DEL CARPIO FIESTAS, V.: "Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009, p. 1117.

102 DORAL GARCÍA DE PAZOS J. A.: "Comentario al art. 482 CC", cit., p. 218; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El usufructo*, cit., p. 690.

(obligación de cuidar la cosa usufructuada como un buen padre de familia)<sup>103</sup>, ni el art. 500 CC (obligación de hacer las reparaciones ordinarias), ni el 502 CC (relativo el régimen de las reparaciones extraordinarias), ni el art. 511 CC (comunicación de acto de tercero nocivo), ni el art. 522 CC (derecho de retención del usufructuario por desembolsos que deban ser reintegrados), ni el 513.7<sup>a</sup> CC (extinción del usufructo por no uso).

Pero, frente estas opiniones concordantes respecto de la aplicación en concreto o no de las normas del usufructo ordinario al cuasiusufructo, hay las discrepantes en torno a su naturaleza jurídica, con trascendencia en varios aspectos relevantes<sup>104</sup>: acción reivindicatoria, riesgos, embargo y concurso de acreedores.

En primer lugar, las cosas muebles objeto del cuasiusufructo sólo pueden ser reivindicadas por quien sea considerado su dueño, según las distintas posturas: el nudo propietario, si no hay transmisión de la propiedad; o el cuasiusufructuario, si se entiende que la hay.

Además, como hemos apuntado anteriormente, la pregunta relativa a quién debe soportar el riesgo de la pérdida de las cosas dadas en cuasiusufructo sin culpa del cuasiusufructuario obtiene distinta respuesta según se configure el cuasiusufructo como un verdadero derecho real de goce o no, esto es, según mantenga su naturaleza como derecho real en cosa ajena o comporte la adquisición de la propiedad por parte del usufructuario.

Si se entiende que las cosas usufructuadas pertenecen al nudo propietario y se pierden por fuerza mayor o caso fortuito en manos del usufructuario, es aquél quien debe soportar su pérdida por aplicación de la regla "res perit domino", por lo que si perecen antes de haberse servido de ellas, nada tiene que restituir al propietario (aplicándose la causa de extinción del usufructo del art. 513.5<sup>o</sup> CC). En cambio, si se considera que las cosas usufructuadas pertenecen al usufructuario, su pérdida fortuita debe soportarla él, con la obligación de restitución, aunque no haya podido disfrutar de las cosas, por aplicación de la misma regla.

Lo mismo ocurre respecto de la posibilidad de que los acreedores soliciten la traba de los bienes del usufructuario antes de la consunción para cobrar sus deudas, así como en el caso de concurso de acreedores del usufructuario. Para la postura partidaria de la adquisición de la propiedad, la cosa usufructuada, todavía no consumida, puede ser embargada; y, a su vez, en caso de concurso, queda

103 GARCÍA CANTERO ("Comentario al art. 497 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp.1325-1326) considera que si bien no rige en el usufructo de cosas consumibles, sí se aplica al usufructo de dinero.

104 Cfr. GARCÍA PÉREZ, C. L.: "Usufructo de cosas materiales", cit., pp.693-694; "Comentario a los arts. 481 y 482 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por J. RAMS ALBESA y R. M. MORENO FLOREZ), vol. III, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 1966-1967; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "El usufructo", cit., p. 691.

comprendida en su masa activa, siendo el usufructuario deudor de lo que proceda respecto del nudo propietario, que es acreedor no preferente del concursado (arts. 269 y ss LC). Por el contrario, si se trata de un verdadero derecho real en cosa ajena, las cosas no pueden ser embargadas y, por otro lado, quedan excluidas de la masa activa del concurso, que sólo conserva el disfrute de estos bienes mientras dure el mismo (art. 192 LC).

En definitiva, todas las dudas interpretativas relativas a la naturaleza jurídica del cuasiusufructo, con la consideración de si hay o no transmisión de la propiedad al cuasiusufructuario, y sus consecuencias derivadas, deben clarificarse “de lege ferenda” en una regulación actualizada de esta figura jurídica, acompañada, además, de una ordenación concreta del usufructo de dinero, poniendo fin al debate doctrinal y a la discrepancia jurisprudencial, acerca de su consideración como usufructo de cosa consumible o como usufructo ordinario<sup>105</sup>.

---

105 La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018) contiene la siguiente formulación: “Usufructo de dinero. 1. En el usufructo de dinero el usufructuario hace suyos los intereses y demás rendimientos que produce el capital. 2. Si el usufructuario ha prestado garantía suficiente, puede dar al capital el destino que estime conveniente. En caso contrario debe poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad” (art. 353-4).

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR RUIZ, L.: "Comentario al art. 482 CC", en AA.VV.: *Código civil Comentado*, vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª edic., Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- "El cuasiusufructo", en AA.VV.; *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coord. por J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO), Universitat de València, Valencia, 2008.
- *Derecho Civil III, Derecho de Bienes*, 11ª edic. (revisada y puesta al día por E. CORDERO LOBATO), Edisofer, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho Civil, T. I, Curso de Derechos Reales*, vol. I, *Propiedad y Derechos Reales*, Comares, Granada, 2005.

ARREGUI GIL, J.: "Comentario a las leyes 408 y 410 de la Compilación Navarra", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), T. XXXVIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 2002.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

BARBER CÁRCAMO, R.: "Comentario a las leyes 408 a 410 de la Compilación Navarra", en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO y M. L. ARCOS VIEIRA), 2ª edic., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

BIESA HERNÁNDEZ, M. C.: "Fianza y usufructo aragonés de dinero del cónyuge superviviente del binubo premuerto. Comentario de la Sentencia del TSJADE de 3 de julio de 2013", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año XX, 2014.

BORREL MACIÁ, A.: "Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo", *RDP*, t. XXXIII, 1949.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "Comentario al art. 482 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, t. III, (dir. por R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO), Tirant lo Blanch, Madrid, 2013.

DEL CARPIO FIESTAS, V.: "Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 5ª edic., Tecnos, Madrid, 1995.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: "Comentario al art. 482 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO), VII-I, Edersa, 1980, Madrid.

EL CÓDIGO CIVIL. DEBATES PARLAMENTARIOS (1885-1889), II, Secretaría General del Senado, edición de 1989.

ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, T. III, *Derecho de Cosas*, vol. 2º, *Gravámenes*, traducción de la 32ª edic. alemana, con estudios de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, 2ª edic. (al cuidado de J. PUIG BRUTAU), Barcelona: Bosch, 1951.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos Reales*, 3ª edic., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO Y ARÉVALO, F.: "Salva rerum substantia en el usufructo propio", *Revista de Derecho Privado*, t. XXXV, 1951.

FUSTER, G. A.: "Algunas consideraciones en torno al concepto, al objeto y a la legitimación del derecho real de usufructo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Notarial (Colegio de Escribanos de la provincia de Córdoba)*, núm. 92, 2015.

GARCÍA-GOYENA Y ORORBIA, F. F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español (1852)*, Zaragoza, 1974.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 497 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GARCÍA PÉREZ, C. L.:

- "Comentario a los arts. 481 y 482 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por J. RAMS ALBESA y R. M. MORENO FLÓREZ), vol. III, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
- "Usufructo de cosas materiales", en AA.VV.: *Tratado de usufructo* (coord. por A. LECIÑENA IBARRA), La Ley, Las Rozas, 2016.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

GUZMÁN BRITO, A.: "El significado de «quasi» en el vocabulario de los juristas romanos", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. 38, agosto 2016.

HEINECCIO, J. G.: *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, T. II (trad. A. M. DE CISNEROS Y LANUSA), Imprenta de H. Dávila, Llera y Compañía, Sevilla, 1829.

JORDANO BAREA, J. B.: "El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena", *Anuario de Derecho Civil*, 1948.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad* (edición revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO), Dykinson, Madrid, 2001.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Compendio de derechos reales. Derechos reales e hipotecario*, 8ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2019.
- *Principios de Derecho civil IV, Propiedad y derechos reales de goce*, 10ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2010.

LATOUR BROTONS, J.: "Estudio del usufructo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 340-341, 1956.

LUNA SERRANO, A.: "La inútil definición del usufructo del art. 467 del Código Civil", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 50, 2007.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., "Comentario al art. 482 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: "Comentario al art. 482 CC", en *Comentarios al Código Civil Español*, 5ª edic., Reus, Madrid, 1931.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *Anuario de Derecho Civil*, 1989.

MEDINA ALCOZ, M., "El usufructo de dinero como usufructo de cosa consumible. Sobre el usufructo viudal universal de dinero y sus eventuales efectos indeseados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 799 (sept.-oct.), 2023.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: "Usufructos de viudedad especiales en el Derecho Civil Aragonés (II. Usufructo de dinero)", en AA.VV.: *Actas de los decimoctavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2008.

MOLLÁ NEBOT, M. A. S.:

- "Significado de «nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit» y usufructo de dinero", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 22, 2014.
- "Usufructo de dinero y su adecuación en el Código Civil", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 54, 2021 (edición electrónica).
- *Usufructo de pecunia: aplicación a los fondos de inversión desde la ley de jurisdicción voluntaria*, Dykinson, Madrid, 2015.

MUCIUS SCAEVOLA, Q.: "Comentario al art. 482 CC", en *Código Civil concordado y comentado extensamente*, T. VIII-IX, 3ª edic., Imprenta de Ricardo F. de Rojas, Madrid, 1911.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales e Hipotecario*, 3ª edic., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª edic., Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1986.

PEREÑA VICENTE, M.: *La constitución voluntaria del usufructo*, Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson, Madrid. 2005.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1979.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.:

- *El usufructo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- "El usufructo en los derechos forales y especiales", en J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Derechos Reales*, vol. 2º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2ª edic., J. M. Bosch, Barcelona, 1991.

SALAZAR REVUELTA, M.: "La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas «quae usu consumuntur» según el Derecho romano y el Código Civil

español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 3, 2000.

SERRANO DE NICOLÁS, Á.: *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, Tesis Doctoral, dir. F. RIVERO HERNÁNDEZ, Universidad de Barcelona, 2005.

SESMA URZAIZ, M. V.: “El usufructo de vestidos en el Derecho romano: La evolución de su tratamiento jurídico como cosas deteriorables”, en AA.VV.: *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias* (dir. por J. ROSET ESTEVE), vol. 3, Universidad Complutense de Madrid/Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1988.

TORRELLES TORREA, E.:

- “Comentario al art. 482 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010.
- *El usufructo de cosas consumibles*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

USERA CANO, L.: “Usufructo de cosas consumibles”, en *El usufructo* (Tema 6), AA.VV.: en *Instituciones de Derecho Privado* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL), T. II, *Reales* (coord. por J. F. DELGADO DE MIGUEL, vol. 2º, Civitas, Madrid, 2003.

VILLALONGA SOCA, A.: *El derecho real de usufructo. Particularidades en el Derecho Agrario cubano*, Trabajo de Diploma, Universidad Central “Marta Abreu” de las Villas, Cuba, curso 2014-2015.





EL TRATAMIENTO REGISTRAL DE LOS PACTOS DE  
ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN LA SOCIEDAD DE  
GANANCIALES\*

*THE REGISTRY TREATMENT OF PRIVATIVITY AGREEMENTS IN  
THE COMMUNITY OF ACQUISITIONS*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 226-259*

El presente trabajo ha sido realizado en el seno de los proyectos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado» con referencia PID2021-124444NB-I00 IP: Dra. Dña. Rocío Diéguez Oliva y «Mecanismos de Justicia Contractual: Causa y Buena Fe» con referencia PID2020-114919GB-I00 IP: Dr. D. Bruno Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría, de los cuales el autor es miembro.



Jesús  
PALOMARES  
BRAVO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 15 de septiembre 2023

**ARTÍCULO APROBADO:** 4 de diciembre de 2023

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto el estudio del pacto de atribución de privatividad que los cónyuges que están bajo el régimen de gananciales realizan respecto de determinados bienes. En particular, se estudia la admisibilidad de estos pactos a la luz de la reciente doctrina registral y académica, así como los posibles problemas que este presenta para su inscripción en el Registro de la Propiedad de conformidad con el ordenamiento vigente.

**PALABRAS CLAVE:** Pacto de atribución de privatividad; sociedad de gananciales, Registro de la Propiedad.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to study the privativity attribution agreement that spouses who are under the community of property regime make with respect to certain assets. In particular, the admissibility of these agreements is studied in the light of recent registry and academic doctrine, as well as the possible problems that this presents for their registration in the Land Registry in accordance with the current legislation.*

**KEY WORDS:** *Pact of attribution of privativity; community of property; Property Register.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN. EL PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD Y LA PROBLEMÁTICA QUE SE SUSCITA EN ORDEN A SU INSCRIPCIÓN.- II. DOCTRINA DE LA DGSJYFP.- 1. Doctrina clásica. Tendencia a la inscripción de los bienes como privativos por confesión.- 2. Doctrina actual. El reforzamiento del patrimonio privativo a través del negocio jurídico de atribución de privatividad.- III. POSICIONES DOCTRINALES.- IV. REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN. EL PACTO DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD Y LA PROBLEMÁTICA QUE SE SUSCITA EN ORDEN A SU INSCRIPCIÓN.

En sede de Derecho Civil común por todos es conocido que se fija como régimen económico supletorio de primer grado la sociedad de gananciales. Un régimen que discierne entre los bienes que son privativos de cada cónyuge y los gananciales. Además, se favorece el carácter ganancial (art. 1361 CC) de los bienes al establecer el citado precepto una presunción general de ganancialidad. Asimismo, ninguna duda ofrece que aquellos bienes adquiridos en este régimen antes del matrimonio y aquellos que lo son en cualquier momento individualmente a título gratuito no quedan sometidos bajo la presunción de ganancialidad, por lo que ningún problema presentaran a la hora de acreditar su carácter privativo<sup>1</sup>. El problema se suscita cuando la adquisición es onerosa y se emplean fondos privativos en la adquisición por uno de los cónyuges, especialmente si se pretende la inscripción registral de aquella.

Dentro de las posibilidades que la autonomía privada ofrece a los cónyuges, en el ámbito de la sociedad de gananciales encontramos aquella que alude a los posibles pactos que los esposos determinen sobre que bienes deben integrar cada uno de los patrimonios privativos, y cuales el común. Estos posibles negocios jurídicos de atribución de la naturaleza del bien no implican *per se* una modificación del régimen económico-matrimonial<sup>2</sup>. Únicamente conllevan una transformación de la calificación originaria de los bienes, por lo que ulteriormente afectan la composición de la masa común, mediante el aumento o a *sensu contrario* a través de la reducción de aquella. Este negocio es posible con fundamento en la libertad de contratación entre los cónyuges (art. 1323 CC) y en no pocas ocasiones se reputa útil para la evitación de las reglas que rigen la sociedad de gananciales, especialmente y como veremos, en el plano registral.

1 GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. III y ss.

2 Una de las primeras resoluciones que reconoció la posibilidad de que un cónyuge adquiriese privativamente un bien ganancial es la RDGRN 2 febrero 1983 (RJ 1983, 1088). No obstante, se denegó su inscripción puesto que en el supuesto de hecho de la resolución uno de los cónyuges vendió al otro la participación ganancial que en un bien le pertenece, lo cual va en contra de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

### • Jesús Palomares Bravo

Investigador Contratado Posdoctoral de Derecho Civil, Universidad de Málaga.  
Correo electrónico: jpbravo@uma.es.

La cuestión que se plantea es si estas transmisiones pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad y, además, la posibilidad de que los bienes que eran gananciales sean inscritos como privativos por el mero acuerdo de los cónyuges a través de un negocio jurídico de atribución.

Esta atribución de carácter privativo a los bienes gananciales como negocio jurídico autónomo es definido como aquel en virtud del cual el bien de naturaleza ganancial, adquirido por un negocio jurídico diferente, pasa al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. Es importante también señalar que la atribución de privatividad ha de ser individualizada o diferenciada del negocio jurídico de adquisición donde la causa se determina por la naturaleza del negocio, y la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad seguirá los cauces ordinarios con los efectos oportunos (art.609 CC). En el primer negocio de carácter atributivo, los cónyuges solo manifiestan su voluntad de consentir la transmisión del bien o bienes entre los patrimonios<sup>3</sup>.

En ocasiones, el negocio jurídico atributivo no causaliza la transmisión, limitándose a declarar el carácter del bien, por lo que se plantea si es suficiente el citado pacto o acuerdo de atribución de privatividad para que un bien que según las normas del Código Civil se reputa de naturaleza ganancial pase al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. O bien, si es necesaria la causalización de este negocio atributivo. Y, de ser posible, si la citada transferencia patrimonial puede ser inscrita en el Registro de la Propiedad con ese carácter.

A efectos prácticos, la situación anteriormente descrita puede vislumbrarse aún mejor siguiendo en este punto a MADRIDEJOS FERNÁNDEZ y LÓPEZ FRÍAS. Así, pensemos en un supuesto donde una cónyuge, constante matrimonio en régimen de gananciales, vende una finca heredada de su madre y posteriormente, con el dinero de la citada venta, adquiere otro inmueble destinado a satisfacer sus necesidades de vivienda habitual. Seguramente pensará que, como única propietaria que es, en primer lugar, pueda inscribir el dominio bajo su titularidad y, en segundo lugar, que pueda disponer libremente de su vivienda<sup>4</sup>.

No obstante, la presunción de ganancialidad y la normativa hipotecaria aplicable (arts.1361 CC y 94 y 95 RH) pueden plantearles serios problemas y

3 LÓPEZ IGLESIAS, L.: "La atribución de privatividad de bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 25, 2020.

4 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad", *El Notario del siglo XXI*, núm. 97, 2021. Puede consultarse en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10754-el-articulo-95-4-del-reglamento-hipotecario-una-norma-manifiestamente-derogable-y-de-dudosa-legalidad> (fecha de última consulta: 26/09/2023); LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2022, p. 270.

también una situación de indisponibilidad del bien que se pretende inscribir con carácter privativo.

Si en el título público de transmisión no se determinó la procedencia de los fondos invertidos en la vivienda, prescribe el art. 94.1 RH que “Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad de gananciales, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial”. Aun a pesar de ser adquirida ese inmueble con fondos privativos, será necesario para realizar actos dispositivos bien el consentimiento del otro cónyuge o autorización de la autoridad judicial tal y como recogen los arts. 94.3 y 94.4 RH.

De igual modo si el cónyuge adquirente no consigue acreditar la privatividad de los fondos empleados en la adquisición conforme a las exigencias del art. 95.2 RH que determina que “El carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública”. Han sido numerosos los autores que en la doctrina han tildado de diabólica la citada prueba por la complejidad documental de acreditar en la praxis registral la proveniencia de los fondos<sup>5</sup>.

El último recurso que cabe pensar sería con base en el art. 1324 CC que prevé que “Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”. Es decir, acudir a la confesión de privatividad efectuada por el cónyuge de quien adquiere para destruir la presunción de ganancialidad<sup>6</sup>. Así, se permite probar que determinados bienes son propios de uno de ellos (o bien el dinero empleado en su adquisición) por la confesión del otro<sup>7</sup>.

5 GARDEZÁBAL DEL RÍO, F. J.: “Tema 6. La sociedad de gananciales”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, (coord. J.F. Delgado de Miguel), t. IV, vol. 2, Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 125; MONTERO GIMÉNEZ, J. M.: “La privatividad del dinero en las adquisiciones de inmuebles”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 25, 2020; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M.: “Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2016.

6 DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “De la confesión de privatividad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, a la atribución directa del carácter privativo sin acudir a la confesión”, en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo. Liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, (dirs. F. YAÑEZ VIVERO, B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DORADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ y E. ABAD ARENAS), t. II, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1155-1169.

7 ALCÁIN MARTÍNEZ, E.: *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 11-12, señala que no se debe confundir el pacto o negocio atributivo con la confesión de privatividad tanto por los presupuestos como por los efectos. Así indica que “en cuanto a los primeros, se considera que en el art. 1324 preocupa la posible falsedad de lo que apela confesión; por el contrario, el pacto de atribución connota un previo reconocimiento de ganancialidad. En cuanto a los efectos, en la confesión son relativos tanto en la calificación del bien como en el ámbito subjetivo en el que opera, puesto que la eficacia erga omnes permite excluir a los acreedores y herederos forzosos del confesante”. Igualmente, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *Los negocios de fijación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 153-154, indica que la confesión de privatividad es negocio de fijación cuando se utiliza como medio para eliminar la incertidumbre que sobre la naturaleza privativa de un bien recae. Por el contrario, si se tiene certeza del origen privativo del

Ahora bien, en el ámbito registral para determinar los términos de la inscripción de estos bienes es de aplicación el art. 95.4 RH con los importantes efectos que de él se derivan<sup>8</sup>. El precepto reglamentario determina que “Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien, no obstante, necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia”. De tal forma que, para la enajenación del bien inmueble inscrito con carácter privativo por confesión de privatividad, en el caso de que el cónyuge titular no confesante fallezca y existen herederos forzosos, será necesario la prestación de su consentimiento en la escritura pública de venta o enajenación. Por lo que el problema queda sin resolver, es decir la inscripción del bien con carácter privativo sin más con plena libertad de disposición. En definitiva, se sitúa al bien a expensa de la voluntad de los herederos forzosos.

Estas consecuencias son significativas, pues pueden someter al bien a una situación de indisponibilidad similar a la de las prohibiciones de disponer. El consentimiento de los herederos forzosos no siempre es sencillo de obtener. Maxime si imaginamos relaciones familiares complejas en las que alguno de los miembros con un ánimo espurio o entorpecedor se niegue en rotundo a prestar su consentimiento. Esto sitúa al cónyuge viudo en una situación vulnerable si ante una situación económica de crisis necesita vender el bien inmueble confesado privativo para atender a sus necesidades vitales básicas. O bien, en otros casos hacer frente a la dejadez o desidia de los legitimarios del causante que, puede incluso que no sean comunes, lo que conlleva una dilatación en la disposición del bien en perjuicio del cónyuge beneficiado con la confesión.

Ante las dificultades expuestas en orden a la inscripción de estos bienes, particularmente probar la procedencia del dinero privativo y evitar los efectos de la indisponibilidad del art. 95.4 RH, es decir que no sean inscritos por confesión como privativos, se ha buscado una alternativa o solución. Esta es la técnica de los pactos de atribución de privatividad o asignación convencional de carácter privativo por los cónyuges a bienes gananciales.

---

precio o contraprestación como en el caso que nos ocupa en el presente trabajo y se decide atribuir la condición de privatividad opera una modificación cuyo efecto no es una fijación, ya que faltaría el elemento de incertidumbre, sino una modificación plena sobre la naturaleza del bien. De ahí su carácter como negocio de atribución.

8 Sobre estos GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, t. II, Civitas, Madrid, 2019, pp.542 y ss.

Este planteamiento se hace sobre una interpretación inversa del art. 1355 CC que posteriormente veremos ha sido acogida por la DGSJYFP. El aludido precepto señala que “podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga (...)”. Es decir, si cabe atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos, por qué no es posible con carácter privativo o, en otras palabras, si se admite la transmisión de bienes del patrimonio privativo al ganancial de uno de los cónyuges mediante un negocio traslativo típico, podríamos pensar en admitir idéntico resultado a través del mero acuerdo entre cónyuges. Por tanto, esto no debe ser óbice para que ambos, conjuntamente, verifiquen a través de un negocio de atribución un desplazamiento patrimonial en favor de uno de ellos que lo adquirirá con carácter privativo<sup>9</sup>. También sobre la base del art. 1323 CC que propugna la libertad de contratación entre los cónyuges prescribe que “Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

Del mismo modo, tal y como se verá en la doctrina académica, también hay opiniones favorables a que en virtud del art. 1355 CC los cónyuges confieran condición privativa por mutuo acuerdo a un bien común amparándose en el principio de libre contratación entre estos<sup>10</sup>.

## II. DOCTRINA DE LA DGSJYFP.

Al objeto de concebir el verdadero alcance de los acuerdos de los cónyuges destinados asignar el carácter privativo a bienes gananciales y su posterior inscripción, resulta necesario conocer como la doctrina registral ha abordado su tratamiento.

En relación con esta cuestión, la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJYFP), antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) viene desde tiempo atrás abordando la figura de la atribución por los cónyuges del carácter privativo a bienes gananciales. Si bien no lo ha hecho en numerosas resoluciones con anterioridad al año 2020, en algunas resoluciones, que analizamos a continuación, reconoce la validez y efectividad del negocio de atribución de privatividad a bienes gananciales. Lo hace con una importante matización, a saber, la necesidad que se encuentre causalizado como veremos. Esta admisibilidad se hace manifiesta en los recursos resueltos por las RRDGSJYFP

9 CALAZA LOPEZ, C. A.: “Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del art. 1324 del Código Civil”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022.

10 MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J.A.: “Casos dudosos de bienes privativos y gananciales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1985, p. 404.



de 12 de junio de 2020<sup>11</sup> que abordan la inscripción registral de los pactos de atribución de ganancialidad, que a su vez suponen un punto de inflexión y cambio en la materia al estimar los recursos e inscribir los bienes con carácter privativo absoluto, no por confesión, sino como privativos puros al amparo de los arts. 1323 y 1355 CC.

### **I. Doctrina clásica. Tendencia a la inscripción de los bienes como privativos por confesión.**

Antes de las aludidas resoluciones del año 2020 la doctrina registral en no pocas ocasiones rechaza la inscripción con carácter privativo de bienes adquiridos por uno de los cónyuges con fundamento en el ya aludido art. 95.2 RH. Al no justificarse, o, mejor dicho, no quedar acreditado a través de prueba documental publica el carácter privativo del dinero el Registrador deniega la inscripción con esta naturaleza operando la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC). Paradigma de ello son las situaciones en las que uno de los cónyuges manifiesta y trata de acreditar en la escritura que protocoliza el negocio de adquisición que los fondos con los que adquiere tienen naturaleza privativa al proceder de otro negocio jurídico como una donación, herencia o la venta previa de un bien de naturaleza privativa.

En esta línea, la RDGRN 28 noviembre 1988<sup>12</sup> señala que en estos casos la inscripción ha de practicarse como presuntivamente ganancial, dadas las dificultades de la esencial fungibilidad del numerario y la posible verificación durante el tiempo intermedio de otros actos dispositivo que hubiesen agotado o disminuido la cantidad obtenida con la primera venta; ello, sin perjuicio de consignar, en su día, el carácter privativo, si se presenta justificación suficiente, o confesión por el consorte de la privatividad. Igualmente, la RDGRN 21 mayo 1998<sup>13</sup> insiste en la misma doctrina, pues la manifestación solo prueba que en su día existió dinero privativo, pero no que se empleó en la nueva adquisición, dado que es exigible prueba documental pública y no puede destruirse de ese modo la presunción de ganancialidad.

Más recientemente, la RDGRN 2 marzo 2016<sup>14</sup> aclara que, para acreditar el carácter privativo de un bien inscrito como presuntivamente ganancial, y de otro inscrito como ganancial, no bastan las pruebas testificales ni los documentos de donación de dinero al no constituir pruebas suficientes a estos efectos, ni tampoco el hecho de que en la sentencia de divorcio en que se hace la liquidación de la

<sup>11</sup> RJ 2020, 3365 y RJ 2020, 3382, respectivamente.

<sup>12</sup> RJ 1988, 9010.

<sup>13</sup> RJ 1998, 4456.

<sup>14</sup> RJ 2016, 1892.

sociedad de gananciales no figuren esas dos fincas, pues podría tratarse de una omisión por error que sería susceptible de complemento en su día, por lo que se requiere en consecuencia el consentimiento del ex cónyuge o autorización judicial.

Por último como reflejo de esta doctrina, la RDGRN 2 febrero 2017<sup>15</sup> estima que no es suficiente para inscribir una finca con carácter privativo de un cónyuge casado en régimen legal de gananciales la manifestación del mismo contenida en un acta notarial simultánea a la escritura de compra, ratificada por la esposa, que adquirió con cargo a unos fondos privativos, procedentes de un depósito realizado en estado de soltero, incorporándose certificación bancaria acreditativa de que tenía una cantidad superior al precio de la compra en una cuenta; pero luego hay otras imposiciones a plazo, por lo que no se puede determinar con exactitud si se destinó el importe al precio de la compra, y en cuanto a la ratificación de la esposa, deberá tener consideración de confesión de privatividad (art. 1324 CC) o de atribución de privatividad y no de prueba plena de privatividad del bien.

En relación lo anteriormente expuesto, el Centro Directivo no ha optado por la inscripción privativa pura del bien cuando el cónyuge corrobora las manifestaciones por las cuales declara que efectivamente el dinero empleado en la adquisición es privativo. Dentro de estos casos, antes del cambio de doctrina acaecido en junio de 2020, lo que se admite la posibilidad de inscribir la finca con carácter privativo por confesión (arts. 1324 CC y 95.4 RH). En esta línea la RDGRN 18 octubre 1999<sup>16</sup>, aun a pesar de la diligencia notarial realizada en la escritura de procedencia del dinero invertido, pues no acredita el carácter privativo, si admite la inscripción como bien privativo por confesión del consorte, al comparecer también en la adquisición, pero no como bien privativo absoluto. Asimismo, la RDGRN 10 octubre 2005<sup>17</sup> resuelve sobre la procedencia de la inscripción como bien privativo por confesión de su consorte. En el momento del otorgamiento de escritura pública el Notario incorporó un resguardo de transferencia que acredita que el comprador recibió una cantidad por herencia del causante formalizada el mismo día, pero no prueba que esa misma cantidad se entregó a los vendedores; pues la manifestación del Notario es prueba de que la manifestación se ha realizado, pero no la realidad de tal manifestación. Igualmente, como se ha apuntado en la RDGRN 2 febrero 2017<sup>18</sup> no se admitió el acta notarial simultánea a la adquisición del bien que adquiere conforme a unos fondos privativos, aun ratificando la esposa la circunstancia descrita.

---

15 RJ 2017, 536.

16 RJ 1999, 7674.

17 RJ 2005, 7446.

18 RJ 2017, 536.

Dentro de esta segunda solución que venía admitiendo el Centro Directivo, es decir, la inscripción del bien con carácter privativo por confesión de forma subsidiaria al no acreditarse fehacientemente la privatividad del dinero, resulta de nuestro interés la RDGSJYFP 26 febrero 2020<sup>19</sup>. Esta resolución contiene la doctrina expuesta antes de dar paso a la actual postura que se expondrá más adelante. En este supuesto se analiza un caso donde se presenta a inscripción una escritura de compraventa en el que la compradora casada en régimen de gananciales adquiere el pleno dominio de dos fincas. Para ello paga el precio con dos cheques bancarios, y, además, manifiesta con la confirmación de su marido que el dinero invertido en la compraventa proviene de la venta de bienes privativos. A los efectos de acreditar esta privatividad, exhibe unas escrituras al Notario autorizante en las que se halla presente un certificado bancario donde consta que el ingreso de dinero en una determinada cuenta es el mismo que luego se usa para abonar el precio de los inmuebles que ahora se adquieren. El objetivo es demostrar que el dinero privativo es fruto de una enajenación previa de unos bienes, acaecida en la extinción de un condominio. La compradora, al amparo de los arts.1346.3 CC y 95.1 RH solicita la inscripción del bien con carácter privativo puro.

No obstante, aun a pesar de la solicitud, la Registradora de la Propiedad, con fundamento en el art. 95.4 RH, inscribe el bien con carácter privativo por confesión. El Notario autorizante interpone recurso contra la resolución inicial. Su disconformidad la fundamenta alegando que la privatividad del bien no resulta solo de la confesión de un cónyuge, sino que la establecen ambos cónyuges explicando la causa. Gracias al correspondiente certificado bancario que se adjunta, considera que los cónyuges declaran que el dinero utilizado por la cónyuge adquirente era privativo al proceder de la extinción del condominio y se ingresó en la cuenta bancaria de la que precisamente, y como figura en la escritura de compra, salieron los fondos para hacer frente al pago del precio. De esta manera, es de ese dinero de lo que el cónyuge de la compradora manifiesta su privatividad, confesión que según entiende, en base al art. 1324 CC, debería ser suficiente para considerar el carácter privativo del dinero. Aparte de ello, además, los cónyuges fundamentándose en la libertad de contratación del art. 1323 CC, convienen en dar carácter absoluto de privatividad a las fincas adquiridas con dicho dinero, no por confesión, ejerciendo su facultad de autorregulación para evitar la indisponibilidad del art. 95.4 RH.

También indica el recurrente que, de no considerar la pretensión de los cónyuges a efectos registrales, se podría conseguir lo pretendido mediante una vía indirecta. A saber, no explicitando la naturaleza de los fondos para el pago, inscribiéndose con carácter presuntivamente ganancial, y posteriormente realizar una donación de las fincas objeto del negocio en favor del cónyuge que adquiere

19 BOE núm. 183, 3 julio 2020, pp.46943-46948.

con dinero privativo. Con esta solución el donatario puede disponer libremente del bien al constar el inmueble con carácter puramente privativo, no existiendo a su vez limitación para disponer sobre el bien en el momento del fallecimiento del consorte, al no necesitar del consentimiento de los herederos forzosos para disponer. Aun admitiendo lo absurdo de la solución reglamentaria, con una simulación de un negocio jurídico se podría haber llegado a la pretensión inicial en opinión del Notario recurrente.

El Centro Directivo finalmente no acoge estos planteamientos, desestimando el recurso primeramente en un plano formal y procedimental. Así, entiende que el recuso procede con base en los arts.40 y 326 LH cuando se impugnen calificaciones registrales que suspendan o denieguen el asiento solicitado. Cuestión que aquí no ocurre pues se inscriben las fincas con carácter privativo por confesión, lo que conlleva la práctica de un asiento registral. En segundo término, resuelve que no puede tomarse en consideración la certificación bancaria aportada que debió incorporarse con anterioridad a la nota de calificación, no siendo el recurso gubernativo la vía adecuada para subsanar defectos, sin que obste a que puedan volver a ser presentados los documentos a los efectos de obtener otra calificación nueva.

No obstante, sobre la cuestión de fondo, la DGSJYFP aplica la doctrina ya enunciada anteriormente. Aunque se presentara de nuevo el título con la certificación bancaria, el Centro Directivo reitera su interpretación sobre el art. 95.2 RH. Tras poner de relieve la dificultad en justificar el carácter privativo del precio a través de prueba documental pública añade que "hay que acreditar de forma indubitada que el dinero invertido es justo el mismo que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo. El rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción. Esa conclusión viene avalada por el contenido del art. 95.2 RH que, exige, con el limitado alcance de regular su acceso registral, que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o de la contraprestación mediante prueba documental pública. Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial, y no tanto las manifestaciones de la parte interesada, la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial". Finalmente, el Centro Directivo señala que se trata de una solución estricta en el ámbito registral hasta que no exista una modificación normativa.

Estos argumentos conducen a desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada por lo que no proceda la asignación de naturaleza privativa plena a las fincas. Lo hace sin que en ningún momento aluda a la existencia de un acuerdo conyugal encaminado específicamente a atribuir carácter privativo puro a las fincas y al que el notario acude en su recurso, como posible fundamento para inscribirlas y así evitar que sean inscritos privativamente por confesión al faltar la prueba documental indubitada que acredite que el dinero es privativo, con los ya perniciosos efectos apuntados, a saber la *probatio diabólica* de la procedencia del dinero y la indisponibilidad de los arts.95.2 y 4 RH.

Hilvanando con lo expuesto, con anterioridad el Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de si es suficiente la mera voluntad de los cónyuges para atribuir carácter privativo a bienes gananciales y sobre la necesidad de su causalización.

En este sentido, la RDGRN 25 septiembre 1990<sup>20</sup> en un caso donde los cónyuges casados en régimen de gananciales cuando adquieren un determinado bien asignan al 60% del mismo carácter privativo, no procediéndose a juicio del Registrador su inscripción al no quedar acreditado la privatividad del dinero empleado en la adquisición. En este supuesto, en primer lugar, reconoce admitiendo la libertad de autocontratación de los cónyuges la posibilidad de que ambos de común acuerdo puedan obtener el desplazamiento de un bien ganancial al patrimonio privativo de uno de ellos (art. 1323 CC). Esto constituiría una interpretación a *sensu contrario* del art. 1355 CC que recoge la atribución de ganancialidad. Igualmente, admite que el citado pacto puede acaecer sin necesidad de probar la privatividad de la contraprestación. Si bien, si incorpora un elemento esencial al mismo, pues la atribución de privatividad siempre habrá de realizarse en virtud de un título suficientemente causalizado. Por lo que su régimen jurídico estará determinado por su causa específica, siendo aquel negocio el que provoque una excepción al principio de subrogación real del art. 1347 CC. Así, declara que será elemento esencial para desvirtuar el principio que el negocio de atribución de privatividad sea válido por contener una causa ya que así “solo puede enjuiciarse si consta su causa que es uno de los elementos determinantes de la misma (...) y que ha de ser debidamente calificada por el Registrador”. De ello se colige que la causa no es solo instrumento de control de las relaciones jurídico-privadas, sino que también, con carácter general, es necesaria en el negocio atributivo como sucede en el negocio traslativo en el título que recoge la transmisión.

Solo un año después, la RDGRN 21 enero 1991<sup>21</sup> examina un caso donde el marido adquiere dos fincas para su sociedad de gananciales y dona, con el

---

20 RJ 1990, 7153.

21 RJ 1991, 592.

consentimiento de su esposa, a su hija en común la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio, sucesivo y conjunto con su esposa. A propósito de la reserva, el recurso con fundamento en la doctrina anteriormente expuesta admite que “los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento patrimonial aparezca causalizado”.

Más próxima en el tiempo, resulta interesante para nuestro estudio la RDGRN 30 julio 2018<sup>22</sup> por cuanto sintetiza y contiene los argumentos a favor y contra para la admisión del pacto de atribución de privatividad. Aquí el Centro Directivo examina un caso donde se extingue el condominio de una finca en la que las participaciones originarias correspondían inicialmente a una tercera parte a dos comuneros cada una con carácter ganancial por compra, y la otra tercera parte a uno de ellos, el adjudicatario final, con carácter privativo por herencia. El citado bien inmueble se adjudica por tanto una mitad con carácter privativo puro y la otra mitad con carácter privativo por confesión. En esta resolución se admite, de nuevo, la validez de los negocios de atribución de privatividad a bienes gananciales con la importante diferencia de la matización de la causa respecto de este negocio.

Así, haciéndose eco de la RDGRN 22 de junio 2006<sup>23</sup> determina que la exigencia de especificación causal ha de ser interpretada en sus justos términos. De modo que la Dirección General considera suficiente “que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos en la redacción de la escritura”. Si bien, establece que respecto de la aportación de bienes de carácter privativo a la sociedad de gananciales se debe afirmar que el pacto del art. 1355 CC no constituye un negocio traslativo, sino un negocio atributivo especial que tiene su causa en la *causa matrimonii*, que es propia y legalmente contemplada, implícita si se quiere en el acuerdo de voluntades destinado a satisfacer las necesidades de la familia. Esta circunstancia justifica la atribución patrimonial, lo que hace innecesario que se exprese la onerosidad o gratuidad de dicho negocio atributivo, pues aquel dará lugar, salvo pacto en contrario, al reembolso del art. 1358 CC que es consecuencia de la atribución y exigible en el momento de la liquidación. Por lo que esta última circunstancia no es aplicable al paradigma inverso, es decir, a la atribución de privatividad a bienes gananciales. En ese supuesto, ante la ausencia de un precepto que permita la atribución implícita del carácter privativo a bienes gananciales, es necesaria la expresión de la causa onerosa o gratuita para que opere la mutación de la porción indivisa de ganancial en privativa. Esta causa puede ser expresa, o de forma indirecta, pero en todo caso ha de ser siempre clara y no presunta.

---

22 RJ 2018, 3887.

23 RJ 2022, 3084.

Resumendo, admite el Centro Directivo este pacto de atribución de privatividad como negocio de atribución, pero siempre y cuando el desplazamiento patrimonial este causalizado de forma autónoma respecto al negocio jurídico traslativo. Pues el negocio atributivo especial tiene una causa propia, implícita en el propio acuerdo de voluntades de los cónyuges de atribuir carácter privativo al bien. Si bien, en este caso inadmite la inscripción por cuanto no se expresó la causa de la adquisición y mutación del carácter del bien hasta tanto en cuanto no se exprese la causa onerosa o gratuita del negocio de atribución de privatividad.

Asimismo, la lectura y estudio de todas las resoluciones expuestas ofrecen argumentos para no admitir la atribución de privatividad. Ciertamente que no existe un principio general ni precepto en el Código Civil que admite la atribución inversa, o pacto inverso si se prefiere, y que se prevé en el art. 1355 CC en virtud del cual los cónyuges puedan atribuir carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso. Ello debe quedar enmarcado legalmente en la confesión de privatividad del art. 1324 CC que es un medio de prueba que no ha de confundirse con el principio de libre contratación de los cónyuges previsto en el art. 1323 CC y que parece estar previsto para que operen transmisiones (con su causa) entre los cónyuges a través de donaciones, compraventas etc.

Asimismo, el carácter de los bienes se disciplina por el principio de subrogación real (art. 1347.3 CC) excepto supuestos previstos por la ley. Igualmente, la perspectiva desde la cual está contemplada la norma, la evitación del fraude de acreedores, por lo que ese interés determina que no se asignen bienes privativos a un cónyuge que inicialmente deberían ser de carácter ganancial.

Aun a pesar de los argumentos expuestos, sí existen razones favorables a la atribución de privatividad y que serán las que ulteriormente asumirá el Centro Directivo. En síntesis, son dos los fundamentos en los que se basa para admitir la atribución de privatividad.

En un primer lugar, que el mismo principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad entre los cónyuges que autoriza transmisiones del patrimonio ganancial al privativo, también actúa a la inversa. Con énfasis en aquel principio, y en la posibilidad ex art. 1355 CC como aplicación particular, no se deduce que se excluya otra tipología de acuerdo entre los cónyuges. Si se admite este trasvase patrimonial, señalan las RRDGRN 2 febrero 1983 y 25 septiembre 1990<sup>24</sup>, que "debe igualmente admitirse que los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y «erga omnes» en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho

24 RJ 1983, 1008 y RJ 1990, 7153, respectivamente.

negocio conyugal atributivo (que mantiene su sustantividad y autonomía jurídica pese a su conjunción con el negocio adquisitivo) obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3 CC) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el art. 1358 CC, etc. Dicho negocio atributivo no debe confundirse con la confusión de privatividad, pues la virtualidad de esta, a efectos de la calificación del bien, sobre ser relativa en su ámbito subjetivo (art. 1324 CC), queda subordinada a la realidad o inexactitud del hecho confesado (art. 1234 CC)". Por tanto, se defiende y se permite al mismo tiempo el pacto de atribución de privatividad siempre y cuando este causalizado, e igualmente se predica su autonomía como negocio atributivo especial. La causa, como se ha dicho, está expuesta en el propio acuerdo de voluntades. A efectos registrales sí, es necesaria expresarla en ese acuerdo sin que ello implique que debamos acudir a otro negocio como el contrato de compraventa o una donación entre cónyuges tanto en los supuestos en los que el pacto sea previo, simultaneo o posterior a la adquisición del bien.

De otro lado, otro argumento a favor de la admisión del pacto de atribución de privatividad radica en la no interpretación de la norma jurídica desde la perspectiva del fraude de los acreedores. Estos cuentan con otros remedios legales en las correspondientes acciones de simulación y en las rescisorias, así como otros para solucionar el posible fraude que cometa el cónyuge deudor en el negocio de que se trate.

En suma, todas estas resoluciones vienen a aceptar los pactos de atribución de privatividad si son debidamente causalizados. Aun a pesar de ello, los paradigmas analizados tienen en común la suspensión de su inscripción registral, precisamente por faltar la expresión indubitada de la causa onerosa o gratuita del negocio atributivo que trata de acceder al Registro de la Propiedad.

## **2. Doctrina actual. El reforzamiento del patrimonio privativo a través del negocio jurídico de atribución de privatividad.**

Representan un hito las RRDGSJYFP de 12 junio 2020<sup>25</sup> al abrir camino a la libertad contractual entre cónyuges mediante una interpretación y aplicación inversa del art. 1355 CC. En este punto es justo reconocer la labor del Notario OÑATE CUADROS que interpone sendos recursos gubernativos y que a su vez dan lugar a estas resoluciones. De ahí que también se le conozca a esta nueva doctrina con el sobrenombre de sus apellidos. Así, en el año 2019 se otorgan dos escrituras de compraventa en las que los cónyuges casados en régimen de gananciales

---

25 RJ 2020, 3365 y RJ 2020, 3382, respectivamente. Seguiremos como referencia la nota de calificación y hechos de la primera de estas.



comparecen a los efectos de dar su consentimiento para que se inscriba en favor del otro cónyuge con carácter privativo puro. En síntesis, los cónyuges, haciendo uso de la preferencia del principio de la autonomía de la voluntad, fundamentan tal acuerdo en los arts. 4 y 125 de la Ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco, y en los arts. 1255 y 1355 CC sobre el principio de subrogación real para la sociedad de gananciales. Igualmente manifiestan ante el Notario autorizante de forma expresa que se inscriba el bien con carácter privativo puro y no por confesión. Asimismo, los cónyuges expresan a los solos efectos del art. 1358 CC que los fondos empleados en la adquisición del bien provienen de la herencia de un progenitor del cónyuge adquirente, acreditándose el título público oportuno, de forma que “no procederá compensación o reembolso alguno actual o futuro entre los patrimonios ganancial y privativo de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales pudieran corresponder a acreedores o legitimarios en caso de demostrarse su falta de certeza”.

Dichas escrituras fueron presentadas en los correspondientes Registros de la Propiedad de la ciudad de San Sebastián y en sendos casos se suspende la inscripción de los títulos. En la inicial calificación registral se apela de un lado a que la simple declaración que los cónyuges vierten en el título adquisitivo no es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Por otra parte, se fundamenta en la nota de calificación que la confesión del art. 1324 CC es un medio de prueba que opera en la esfera privada, razón por la cual no queda acreditada fehacientemente la privatividad de la contraprestación como prevé el art. 95.2 RH, siendo solo admisible que el bien sea inscrito como privativo por confesión.

Ante esta nota el Notario autorizante presenta un recurso ante el Centro Directivo. Someramente, en su escrito fundamenta que, en primer lugar, en lo relativo al principio de subrogación real y autonomía de la voluntad que los adquirentes invocan en el título, estos atribuyen carácter privativo al bien adquirido en uso de su autonomía de la voluntad y no en el principio de subrogación real que operaría a falta de acuerdo entre los cónyuges. Entiende que la voluntad de los cónyuges prevalece sobre aquel por lo que tienen derecho a que se inscriba el bien con carácter privativo alguno, sin restricción alguna. Además, agrega con ocasión del carácter oneroso o gratuito del negocio de atribución de privatividad que en la escritura que autoriza el negocio se explicita *ex profeso* el carácter oneroso, existiendo una conmutatividad sinalagmática entre la naturaleza de lo adquirido y los fondos empleados en la adquisición. Recordemos que en ambos expedientes se acredita fehacientemente mediante prueba documental pública el carácter privativo del dinero empleado en su compra, lo que, a su vez, le lleva a defender que no existe un derecho de reembolso entre las masas patrimoniales ganancial y privativa.

Elevados los recursos a la DGSJYFP se estiman ambos y revocan las calificaciones registrales, de forma que permite finalmente la inscripción de los inmuebles a favor de uno de los cónyuges con carácter plenamente privativo. En síntesis, estas resoluciones vienen a confirmar el principio de libertad contractual que alumbra la regulación del régimen económico matrimonial con fundamento en el art. 1355 CC como una representación más del ya tan aludido principio de libertad de contratación entre los cónyuges consagrado en el art. 1323 CC. A propósito de este último, se permite cualquier desplazamiento patrimonial entre patrimonios siempre y cuando se especifique la causa y se explicita a efectos registrales. Esta quedará suficientemente acreditada siempre y cuando resulte de la escritura la onerosidad o gratuidad de la aportación al patrimonio privativo de uno de los cónyuges. De forma que recoge la doctrina enunciada de las RRDGRN 25 septiembre 1990<sup>26</sup> y 30 julio 2018<sup>27</sup> en la resolución de estos recursos.

Esta tesis se ha mantenido con posterioridad en diversas resoluciones del Centro Directivo. Así, se contiene en las RRDGSJYFP 15 enero 2021<sup>28</sup>, 8 septiembre 2021<sup>29</sup>, 9 septiembre 2021<sup>30</sup>, 11 abril 2022<sup>31</sup>, 7 junio 2022<sup>32</sup>, 30 junio 2022<sup>33</sup>, 4 julio 2022<sup>34</sup> y 24 mayo 2023<sup>35</sup>. En la última resolución citada se denegó la inscripción de un bien con carácter privativo puro. Los cónyuges por pacto determinaron el carácter privativo del bien comprado por la esposa, sin embargo, no se pudo acreditar el citado carácter de dicho bien por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado<sup>36</sup>. De modo que ambos consortes, efectivamente, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Pero nada se expresa sobre la causa onerosa o gratuita de dicho negocio por lo que se sujeta al régimen especial de los arts. 1324 CC y 95.4 RH, es decir, el bien es inscrito finalmente como privativo por confesión.

---

26 RJ 1990, 7153.

27 RJ 2018, 3887.

28 RJ 2021, 207.

29 RJ 2021, 5527.

30 RJ 2021, 4699.

31 RJ 2022, 3321.

32 RJ 2022, 3187.

33 RJ 2022, 5158.

34 RJ 2023, 576.

35 JUR 2023, 263777.

36 A falta de una previsión legal en derecho común como la establecida art. 213 Código de Derecho Foral de Aragón "1. Adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras. 2. La presunción admite en juicio prueba en contrario" y la Ley 89.4 del Fuero Nuevo de Navarra "Son bienes privativos de cada cónyuge: 4. Los adquiridos por compra, permuta, dación en pago, venta, transacción y por otra subrogación cualquiera de bienes privativos".

En suma, en la actualidad la DGSJYFP ha iniciado una vía hacia la tipicidad causal del pacto o negocio de atribución de privatividad en el momento de la adquisición del bien por uno de los cónyuges con fondos privativos, con fundamento en el pacto vigente la sociedad de gananciales como figura inversa al art. 1355 CC.

### III. POSICIONES DOCTRINALES ACERCA DE LOS PACTOS DE ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

No podemos pasar por alto que este cambio de doctrina registral despierta ciertos recelos en la doctrina. La opción por la cual los propios cónyuges sean quienes mediante pacto atribuyan el carácter privativo de aquellos inmuebles adquiridos por uno a título oneroso. La aplicación analógica a la inversa del art. 1355 CC y la autonomía de la voluntad conferida por el art. 1323 CC ha suscitado polémica por diversas razones que en resumen se circunscriben a si los cónyuges pueden sustraerse al régimen legal previsto en esta materia, o si, por el contrario, el tan mencionado pacto tiene sus límites en el régimen legal vigente en materia de sociedad de gananciales y que de admitir lo contrario estaríamos alterando libremente la esencia y naturaleza de aquel régimen por otro atípico.

Antes de admitir el Centro Directivo estos pactos de atribución de privatividad hemos de destacar en primer término un nutrido grupo de autores, los cuales se han pronunciado a favor del pacto de atribución de privatividad con fundamento en los arts. 1323 y 1355 CC<sup>37</sup>. RAMS ALBESA señala que el propio art. 1355 CC, permite que la voluntad conjunta y concorde de los cónyuges sea bastante para evitar que un bien, que será privativo por subrogación real, se convierta en ganancial. Asimismo, que el propio art. 1323 CC incorpora en las relaciones patrimoniales interconyugales la más amplia libertad de contratación, y que, además, el principio de subrogación real (art. 1361 CC) no opera de forma automática, sino que queda sujeto a la voluntad de los interesados<sup>38</sup>. Además, significa que existe ejemplos en

37 CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Artículo 1323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), t. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 6045; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho Civil, estudios comentarios y notas*, t. III, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pp. 1780-1781; GASPAS LERA, S.: "Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016, pp. 265-266; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 430-431; SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: "Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 493-494. También a favor de esta postura pero que únicamente sostiene el pacto a la luz del principio de libertad de contratación de los cónyuges sin tener que recurrir a la interpretación inversa del art. 1355 CC cfr. NIETO ALONSO, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2021, pp. 69 y 88; REYES GALLUR, J. J.: "Atribución del carácter privativo de un bien por acuerdo de las partes: pacto de privatividad en el régimen de separación de bienes", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 35, 2007, p. 273; REBOLLEDO VARELA, A. L.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. VII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p.9581; GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 247 y ss.

38 RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, pp. 272 y ss.

la legislación foral favorables a una interpretación a la atribución de privatividad a bienes que tienen naturaleza común por el mero acuerdo de los cónyuges<sup>39</sup>.

Por su parte GARRIDO DE PALMA entiende que según lo dispuesto en el art. 1355 si necesidad de acudir a figuras contractuales típicas como la donación o compraventa, los cónyuges pueden pactar el desplazamiento de un bien entre el patrimonio ganancial al privativo asignándole tal carácter pues se permite de forma inversa. Así entiende que, con independencia del tenor literal del art. 1355 CC, procede de conformidad con el art. 1323 CC que reconoce la libertad de contratación entre los cónyuges<sup>40</sup>. Por tanto, para estas tesis la interpretación conjunta de los arts. 1323 y 1355 CC permitirían, aun sin reconocimiento legal, la atribución de privatividad con fundamento en el pacto de los esposos.

Por el contrario, otro sector doctrinal se ha mostrado crítico a propósito de los pactos objeto de estudio. Desde esta posición doctrinal se pone el acento en que no se puede admitir una aplicación inversa del art. 1355 CC pues el legislador establece una regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en la que tiende a favorecer de forma clara la comunidad de bienes. Lo que no se discute es una aplicación directa de aquel precepto, es decir, la transmisión de bienes del patrimonio privativo al ganancial, pero se argumenta que para que sucediese al contrario sería necesario un precepto específico que lo previese tal y como sucede en algunos derechos autonómicos. Igualmente, critican que, si los esposos consiguen que a través de un acuerdo se logre de forma efectiva y *erga omnes* la privatividad plena del bien, se estaría desvirtuando la confesión de privatividad del art. 1324 CC quedando esta inoperante por lo que no sería necesaria para hacer ineficaz la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC<sup>41</sup>. Es decir, sería necesario que se modificase la legislación vigente y se incluyera tal posibilidad en el art. 1355 CC suprimiendo, a su vez, la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Del mismo modo se tendría que modificar la confesión del art. 1324 CC y los artículos concordantes de la legislación hipotecaria.

39 Así, respecto al régimen de conquista la Ley 89.5 del Fuero Nuevo de Navarra “Son bienes privativos de cada cónyuge: 5. Los adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos”, y en cuanto al consorcio conyugal el art. 211 a) del Código de Derecho Foral de Aragón “Son bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio y los enumerados en los apartados siguientes: a) Los que, durante el consorcio, ambos cónyuges acuerden atribuirles carácter privativo”, sobre la materia vid. GASPAS LERA, S.: “Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales”, *Revista de Derecho Civil aragonés*, núm. 24, 2018, pp.55-87.

40 GARRIDO DE PALMA, V.: “La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J.F. Delgado de Miguel), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 221-222.

41 GIMÉNEZ DUART, T.: “Cargas y obligaciones en el matrimonio”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 66, 1982, p. 121; DIEZ SOTO, C. M.: *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 235-236.

Con posterioridad a la doctrina de junio de 2020 emanada del Centro Directivo son diversos los autores que se han pronunciado, vertiéndose opiniones en diversos sentidos. Así, el propio OÑATE CUADROS alaba la decisión adoptada por la Dirección General. Lo hace al entender que “la adquisición con carácter privativo del adquirente por acuerdo expreso de ambos cónyuges hace inaplicables las reglas supletorias sobre subrogación real, presunción de ganancialidad y confesión de privatividad”. El autor argumenta en favor de la consideración de las normas del Código Civil que determinan la naturaleza de los bienes como gananciales o privativos como normas de carácter facultativo. Además, sostiene que los acuerdos que atribuyen carácter privativo a ciertos bienes no solo están respaldados por la interpretación previa de la Dirección General, sino que también encuentran respaldo en la regulación del Código Foral de Aragón, (arts. 211, 214 y 215), que se considera como una “interpretación auténtica” del sistema de relaciones Código Civil-Reglamento Hipotecaria en la materia. Además, este jurista vincula la causa de los acuerdos que atribuyen carácter privativo a la naturaleza de los fondos utilizados en la adquisición de los bienes y a la existencia o ausencia de un derecho de reembolso, argumentando que, dependiendo de cómo se combinen estas dos variables, la causa de dichos acuerdos puede considerarse onerosa o gratuita<sup>42</sup>.

En el presente contexto, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ elogia la astuta e ingeniosa estrategia que involucra la utilización del pacto de atribución de privatividad como medio para eludir la confesión y evitar la aplicación del art. 95.4 RH, el cual él caracteriza como un precepto reglamentario anacrónico, intrusivo e injustificado. No obstante, expresa su inquietud acerca de que la cláusula de atribución de privatividad que ha dado origen a la nueva jurisprudencia registral pudiera ser percibida como artificiosa y enfrentar posibles obstáculos en los tribunales. Más aún, resalta que esta estrategia no resuelve el dilema que enfrentan aquellos que ya han registrado propiedades a su nombre mediante la confesión, ya que seguirán viéndose constreñidos por las limitaciones en sus facultades de disposición impuestas por el mencionado art. 95.4 RH. En consecuencia, el autor aboga por la derogación de dicho precepto y, en tanto esto no sea llevado a cabo, sugiere la promoción de acciones legales para impugnar su validez, basándose en el argumento de que se trata de una norma reglamentaria que establece una restricción no contemplada en la normativa de mayor jerarquía, específicamente el art. 1324 CC<sup>43</sup>.

---

42 OÑATE CUADROS, F. J.: “Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 93, 2020. Puede consultarse en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/10155-adquisicion-de-bienes-con-caracter-privativo-por-conyuges-casados-en-regimen-de-gananciales> (fecha de última consulta: 26/09/2023).

43 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: “El artículo 95.4”, cit.

La postura crítica con respecto a las resoluciones emitidas por la DGSJYFP el 12 de junio de 2020<sup>44</sup> y su plasmación en resoluciones posteriores la plantea GARCÍA GARCÍA<sup>45</sup>. Este autor argumenta que la nueva interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado invalida efectivamente los arts. 1324 CC, 95.2 y 95.4 RH, entre otros. Según él, para inscribir un bien como privativo, ya no será necesario demostrar el origen privativo de los fondos utilizados en la adquisición ni recurrir a la confesión de privatividad. Basta con la declaración simple de los cónyuges sobre el origen de los fondos utilizados, lo que en la práctica elimina la efectividad de los mencionados preceptos legales.

En su opinión, conforme a la legislación vigente, solo existen dos vías para atribuir voluntariamente carácter privativo a un inmueble: la confesión según lo dispuesto en el art. 1324 CC, con las restricciones inherentes, y el acuerdo explícito de atribución de privatividad basado en el art. 1323 CC, que establece la libertad de contratación entre cónyuges. Sin embargo, en el ámbito registral, este último enfoque requiere la manifestación de una causa adecuada, no siendo suficiente un pacto abstracto, aunque surja de la autonomía de la voluntad. Sostiene que las resoluciones mencionadas reconocen esta exigencia causal, pero la aplican de manera incorrecta al confundir la causa del acuerdo de adquisición celebrado entre uno de los cónyuges y un tercero (causa que se deriva de la consideración onerosa del intercambio), con la causa del pacto de atribución en sí, que carece de una causa específica. No se puede asumir, según él, que exista una *causa matrimonii* en el caso debatido, ya que esto sería apropiado para una situación diferente, como el acuerdo de atribución de ganancialidad contemplado en el art. 1355 CC, cuyo objetivo es la expansión del patrimonio común destinado a cubrir las necesidades familiares. Este objetivo familiar no se aplica a la atribución de privatividad. Por último, enfatiza que no es posible aplicar al sistema del Código Civil la regulación contenida en las leyes forales de Aragón y Navarra, que permiten expresamente la asignación de carácter privativo a los bienes mediante acuerdo de los cónyuges, a menos que se realice una modificación correspondiente en el Código Civil.

También destaca la perspectiva crítica de BORRUEL GARCÉS en su enfoque. Estima que la doctrina del Centro Directivo se halla inmersa en un proceso de entrelazamiento o confusión entre la causa y otras instituciones, tales como el derecho de reembolso. Asimismo, se apunta que la Dirección General hace uso del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges como un medio para encontrar una vía expedita que permita la inscripción de un bien como privativo, obviando las disposiciones aplicables a la sociedad de gananciales. La mencionada autora subraya que, una vez que los cónyuges optan libremente por adherirse al

44 RJ 2020, 3365 y RJ 2020, 3382, respectivamente.

45 GARCÍA GARCÍA, J. M.: "Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y 12 de junio de 2020 (1ª y 4ª): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2021.

régimen de gananciales, deben regirse por las disposiciones de dicho régimen, incluido el principio de subrogación real, que a menudo actúa como una restricción legal<sup>46</sup>. Se plantea la pregunta de si el legislador hubiera deseado que los cónyuges tuvieran la libertad de pactar el carácter privativo de los bienes en el contexto de la sociedad de gananciales, lo habría estipulado de manera explícita, al igual que lo hizo en el caso del pacto de ganancialidad. Además, no se habría establecido una presunción de ganancialidad en el art. 1361 CC ni se habría requerido la prueba de la naturaleza privativa. Tampoco se habría instituido una modalidad especial de inscripción para los bienes cuya naturaleza privativa se confiesa, ni se habría limitado la confesión a los casos en los que no perjudique a los acreedores y herederos forzosos. En suma, apunta que se crea un atajo para admitir la inscripción de un bien como privativo haciendo una interpretación a medida del mismo a través de la utilización del principio de la autonomía de la voluntad que se traslada al ámbito de la contratación entre cónyuges (arts. 1255 y 1323 CC).

En nuestra opinión entendemos que, en el marco de la vigente regulación de la sociedad de gananciales, no es cuestionable la admisibilidad de este tipo de pactos de atribución de privatividad de bienes entre cónyuges al amparo del art. 1323 CC<sup>47</sup>. De forma que, si el pacto se realiza antes o al tiempo de la adquisición, el bien ingrese directamente en el patrimonio de los cónyuges que elijan a tal efecto, quedando a salvo el derecho de reembolso, salvo que se manifieste ya satisfecho o bien se haga una renuncia al mismo<sup>48</sup>. Si es posterior será necesario una causa suficiente para que opere la transferencia del bien desde el patrimonio ganancial al privativo<sup>49</sup>.

46 BORRUEL GARCÉS, Y.: “La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?”, *Diario la Ley*, núm. 10.170. En esta línea doctrinal se pronuncia también LATAS ESPINO, M. J.: “La confesión de privatividad: un análisis del art. 1324 CC y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 35, 2022. Tilda de perturbadora y preocupante la actual doctrina registral por desdibujar la necesaria causalización del negocio jurídico de atribución de privatividad, pues confunde la causa del citado negocio con la del negocio adquisitivo lo que conlleva a efectos registrales, además, a la inaplicación de los arts.95.2 y 95.4 RH.

47 También el propio Tribunal Supremo lo admite en su STS 19 diciembre 1997 (RJ 1997, 9110) que admite como causa de la transmisión, “la cesión o reconocimiento de derechos, al ser modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrá utilizar, pues, en virtud de la permisibilidad de dicho art. 1323 CC”.

48 GARRIDO DE PALMA, V.: *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1993, pp.64-88.

49 LÓPEZ FRIAS, A.: “La asignación”, cit., p. 290, no obstante, entiende que “no cree que pueda hablarse como hace el centro Directivo de una autentica causa onerosa o gratuita, sino que habría una simple razón o motivo que explique el pacto de atribución de privatividad, que normalmente será la dificultad de acreditar a través de prueba documental pública la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición. Añade que, si hay una causa onerosa como hace la DGSJYFP derivada del hecho de que se atribuya carácter privativo como fondos de idéntica naturaleza, operaría el criterio de subrogación real. El problema se circunscribe a la hora de acreditar la circunstancia registralmente, debiéndose reconducir al régimen de confesión de privatividad en la actualidad. Una posible solución para alterar las reglas existentes sobre calificación de bienes de la sociedad sería a través de capitulaciones matrimoniales donde los cónyuges modulen el criterio legal de la subrogación y especifiquen la naturaleza del bien que ingresaran constante matrimonio”, en ese sentido CALAZA LÓPEZ, C.A.: “El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas de lege ferenda”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 15, 2017.

Esta causa del negocio atributivo de privatividad podrá ser gratuita o a título lucrativo teniendo como requisitos formales, si se refiere a bienes inmuebles, la escritura pública como requisito *ad solemnitatem* (art. 633 CC). Por lo que se refiere a los efectos, de existir legitimarios, la liberalidad deberá computarse al os efectos de determinar si es inoficiosa (arts. 636, 654 y 817 CC). Es manifiesto que, por vía de atribución de privatividad, en ningún caso podrán ser perjudicados los derechos legitimarios de los herederos forzosos. Igualmente, podrá quedar sujeta a una posible rescisión por perjuicio a acreedores (arts. 1291.3 y 1297 CC). Para los casos en los que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad, el desplazamiento patrimonial habrá de tener su compensación correlativa, en particular, otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario. Ya sea previo, en caso de compensación de una deuda preexistente; simultáneo, si en el mismo acto se recibe una prestación equivalente; o futuro, cuando la contraprestación y el desplazamiento se difieren a un momento posterior. Si se expresase la causa onerosa del negocio de atribución de privatividad, pero no se concretase la compensación y su temporalidad, si es pasada, presente o futura, existirá siempre un derecho de reembolso tal y como prescribe el art. 1358 CC.

Ahora bien, también es cierto que cualquier pacto de atribución de privatividad podría no encajar del todo bien con la regulación de régimen económico matrimonial de gananciales vigente. Cierto es, se excluye el marco jurídico al privarse de sentido a la confesión de privatividad del art. 1324 CC y se elimina de facto la protección registral a los legitimarios del art. 95.4 RH. Con el pacto atributivo se permite con los requisitos expuestos la inscripción del bien como privativo puro. Este último precepto ha despertado numerosas críticas<sup>50</sup>, tal y como se ha apuntado, por generar situaciones de indisponibilidad al necesitar el cónyuge beneficiado con la confesión del consentimiento de los herederos forzosos. Hay cierta obsesión por controlar registralmente lo que hay tras la confesión de privatividad, quizá por el posible perjuicio a acreedores y legitimarios. No obstante, también se ha citado que si se lleva a cabo la donación del inmueble de un cónyuge a otro se evitarían estos efectos, por lo que se podría inscribir el bien como privativo puro sin el consentimiento de aquellos, quedándoles el recurso a la acción de reducción de la donación si es inoficiosa<sup>51</sup>.

En este último sentido se manifestó LACRUZ BERDEJO en el año 1983 a propósito de la actual redacción del art. 95.4 RH. Esta resulta del Real Decreto 3215/1982, de

50 MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4" cit.; ONATE CUADROS, F. J.: "Adquisición de", cit.; BLANQUER UBEROS, R.: "La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad, La fijación negocial de privatividad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2002, pp. 4510-4512 y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: "La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales", en AA.VV.: *Estudios jurídicos: Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dirs. J. M. EMBID IRUJO, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y A. M. MORALES MORENO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 733-734.

51 LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación", cit., p. 293.



12 de noviembre, por el que se reforman determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Indicó que el invento del RH era exagerado por dotar a la legítima de una protección innecesaria y que representa un obstáculo para el tráfico, en un caso en el cual, normalmente, incluso si hubiera liberalidad, el perjuicio causado por ésta sería sólo de la mitad del valor de la cosa cuya exclusividad se confiesa mientras, en el supuesto de la donación, el perjuicio puede ser por entero y el acto es siempre gratuito, no simplemente sospechoso de gratuidad. Asimismo, el art. 95.4 RH no deja a salvo el derecho de los acreedores de la sociedad de gananciales o en su caso, del esposo confesante. Omisión que en caso alguna no elimina la vigencia del art. 1324 CC. De modo que, constando que la condición privativa de la finca solo resulta de la confesión del cónyuge del adquirente, los acreedores podrán embargar ésta en calidad de bien ganancial, y será el dueño quien haya de probar que no tiene tal carácter<sup>52</sup>.

Desde la perspectiva del posible fraude a los acreedores, se da actualmente la situación que, durante la vida del confesante, el cónyuge titular beneficiario de la confesión puede enajenar el bien. Entonces, verificada esta situación se sustraería el bien a los acreedores de la sociedad de gananciales salvo el ejercicio de la acción pauliana. Mientras que, una vez fallezca el confesante constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales, el viudo necesitará el consentimiento de los herederos forzosos de aquel. Esa exigencia debiera durar hasta la liquidación de la comunidad conyugal, si bien el precepto reglamentario no lo expresa, pues se limita a aludir la partición de la herencia del confesante premuerto, de la cual raramente puede resultar nada relativo a los bienes propios de persona distinta de él<sup>53</sup>. Una interpretación literal del art. 95.4 RH impone al viudo, por tiempo indefinido, o hasta la prescripción de la acción de legitima en su caso, el consenso de todos los legitimarios, lo que carece de sentido. Y ello, porque en la venta a tercero por el esposo en cuyo favor se reconoció la privatividad, de una finca inscrita por confesión, es válida y únicamente podría ser impugnada de demostrarse la complicidad del comprador en el fraude. Es decir, una venta no consentida por los herederos forzosos será válida y eficaz en el ámbito civil, con independencia de la postura doctrinal que se siga, pero no será inscribible en el ámbito registral.

De ahí que sea difícil el sostenimiento de este precepto reglamentario siendo deseable su derogación y que al art. 1324 CC, de *lege ferenda*, se le otorgue de un contenido similar al del art. 214 del Código de Derecho Foral de Aragón que

52 LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Los bienes conyugales y el registro de la propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de junio de 1983", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, 1985, VLEX-233216, pp. 12-13.

53 *Ibidem*, p. 12. En esta línea se pronuncia la propuesta de Código Civil de la asociación de profesores de derecho civil que en su art. 261-14 establece que los herederos han de probar que su omisión perjudica a las legítimas en el momento de la partición de la herencia, a los efectos de incluir el bien en el activo hereditario.

establece “Se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiriera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad. La titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho”. Es decir, que el cónyuge beneficiado por la confesión no se vea limitado para poder disponer después del fallecimiento del cónyuge no adquirente. Al mismo tiempo, no se lesionan los derechos de posibles acreedores y legitimarios en defensa de su derecho que podrán ejercitar aquellas acciones que les asistan en sede judicial. De esta forma, se evita bajo la óptica de una protección, a nuestro juicio, exagerada de la legítima situación de indisponibilidad pues en ningún momento se les priva a acreedores y legitimarios de sus derechos ante un posible fraude o simulación negocial. Entendemos que las acciones que asistan a terceros no han de afectar, presuponiendo un posible fraude, a la titularidad o libre disposición del bien *ex ante*<sup>54</sup>.

En caso de fraude los acreedores estarán siempre protegidos por el art. 1324 CC, pudiendo ejercitar la acción rescisoria de dicha transmisión conforme a los arts. 1320 y ss. CC, y si con esta transmisión se eluden las normas de liquidación, y que protegen a los acreedores de la sociedad de gananciales, conforme al art. 6.4 CC, tendrá lugar “(...) la responsabilidad solidaria y *ultra vires* de ambos cónyuges”<sup>55</sup>.

Por estas razones, compartimos el cambio de criterio del Centro Directivo al permitir a los cónyuges la posibilidad a través mediante el pacto de atribución de privatividad la inscripción del bien con carácter privativo puro. Es cierto que a esta fórmula le subyace una clara artificiosidad doctrinal para solventar un problema, una posible situación de indisponibilidad. En este punto hemos de tener ciertas cautelas, pues este pacto o acuerdo sería en estos momentos fiscalmente neutro, y en el existe, según en el momento en que se haga, diversas consideraciones de carácter tributario. Este extremo ha de ser analizado por su importancia y darle el conveniente encaje en la normativa tributaria y fiscal con el fin de evitar el pago de impuestos por esta vía de atribución negocial de la privatividad.

Pero no debemos olvidar, respetando el ordenamiento vigente, que la admisión de este pacto de atribución de privatividad, que realiza el Centro Directivo en su nueva doctrina, supone eliminar por vía de hecho el régimen vigente sin su modificación, en particular a efectos registrales del art. 95.4 RH. Por ello sería

54 Ya lo indicé la citada RDGRN 25 septiembre 1990 (RJ 1990, 7153) al decir que las normas no pueden ser interpretadas desde la perspectiva del fraude de acreedores, el cual, además, tiene suficiente remedio en las acciones de nulidad y rescisión o en la aplicación de normas que hubiera tratado de eludir.

55 PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho Civil*, cit., p. 1781.

momento de plantear a la autoridad judicial la posible nulidad de un precepto reglamentario, que, sin amparo legal, impone a los propietarios limitaciones injustificadas a las legítimas facultades dispositivas de bienes de su exclusiva propiedad. Siempre, claro está, que su supresión no conlleva ningún perjuicio respecto a las acciones que pudieran corresponder a legitimarios y acreedores en caso de demostrarse la falta de certeza en la atribución.

Tras lo expuesto, nos resulta acertada la nueva posición del Centro Directivo por la flexibilización de la tradicional doctrina en cuanto a la acreditación del dinero privativo empleado (art. 95.2 RH). Se admite que a través de escritura y certificación bancaria contenida en aquella se identifique la naturaleza del dinero empleado en la adquisición<sup>56</sup>.

Así, se abandona el rigorismo anterior que exigía una acreditación excesiva o cuasi imposible de que el dinero que se heredaba o procedía de una donación, o bien procedente de una venta de un bien privativo, era idéntico al que se usaba en la compraventa posterior por uno de los cónyuges. Ahora se admite una acreditación que demuestre una cierta coherencia entre el origen de los fondos y su posterior empleo en el bien que se desee inscribir con carácter privativo. De modo que no se descarte como señalan las RRDGSJYFP 30 mayo 2022 y 24 mayo 2023 “una interpretación flexible del referido art. 95.2 del RH que, atendiendo a la realidad social (cfr. art. 3.1 CC), lleve a admitir la inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo ingreso en una cuenta de la titularidad del comprador de dinero procedente de donación constatada en escritura pública”.

#### IV. REFLEXIONES FINALES.

Resulta notable la inclinación hacia el fortalecimiento del principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges con respecto a la autorregulación de

<sup>56</sup> En este sentido también hay que tener presente lo dispuesto en el art. 24 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en especial, la reforma realizada por el art. 6.3 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. De tal manera que se establece que “(...) En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria. Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado (...)”.

sus intereses patrimoniales legítimos durante el matrimonio. En este contexto, la admisibilidad de los negocios especiales de atribución en el marco de la sociedad de gananciales puede interpretarse como una expresión de dicha tendencia. Esto no solo se ha demostrado en la doctrina registral objeto de este estudio, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela una orientación hacia el fortalecimiento del patrimonio privativo. En particular, en supuestos de liquidación de sociedad de gananciales en los que se allana el camino para recuperar el dinero privativo invertido en bienes de carácter ganancial, así como los ingresos que se realicen en cuentas de titularidad conjunta de los cónyuges, sin necesidad de hacer alguna reserva en el momento de su desembolso. Una posición que ciertamente no encuentra ningún óbice al tener su referente en el art. 1358 CC que permite el reembolso de las sumas de dinero de carácter privativo<sup>57</sup>.

Así, se ha de valorar positivamente la nueva doctrina registral por la cual los cónyuges determinan de forma convencional la naturaleza privativa pura del bien que adquiere uno de ellos con carácter oneroso. De esta manera, salvada la acreditación de forma fehaciente la procedencia del dinero privativo y que se destina a la adquisición del bien que se determina con tal carácter (art. 95.2 RH), se ha estimado la inscripción con carácter privativo puro. Todo ello a través del denominado negocio atributivo especial que tiene una causa propia y ha de ser expresada y diferenciada del negocio transmisivo. Esa causa se determina entre la correspondencia del carácter de lo adquirido y los fondos que se emplean en la adquisición. Esto es lo más relevante en el negocio jurídico para ser admitida la inscripción privativa pura.

Hilvanando con lo expuesto, ante la estricta doctrina que tenía el Centro Directivo en la materia, parece advenirse una cierta interpretación más flexible. De no ser así, la simple confesión obliga a efectos registrales a que sean inscritos como privativos por confesión (art. 95.4 RH) con las perniciosas consecuencias de la indisponibilidad apuntadas. Igualmente, con esta vía se evita la aplicación de la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC).

No obstante, esta solución tendente a reforzar los patrimonios privativos puede resultar artificiosa y de difícil encaje. A la vista del ordenamiento jurídico vigente una interpretación sistemática de los preceptos registrales apuntados con el art. 1323 CC puede estar desplazando el conjunto de disposiciones en materia de sociedad de gananciales. Igualmente, la interpretación inversa del art. 1355 CC que permite el pacto de atribución de ganancialidad a bienes privativos parece ir en la misma línea. El art. 1323 CC puede estar, por tanto, limitado por el conjunto de disposiciones que regulan el régimen económico de gananciales.

---

57 Así, por todas la STS 6 marzo 2023 (RJ 2023, 1849).

Sería necesario una reforma legislativa para que los esposos casados en gananciales pudieran atribuir carácter privativo por acuerdo, incluyendo la citada posibilidad en el art. 1355 CC, se suprima la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), la confesión del art. 1324 CC y los respectivos preceptos de la legislación hipotecaria. De no ser así, se priva de sentido a la confesión de privatividad y la protección registral del art. 95.4 RH. Por tanto, en el ámbito registral el citado precepto ha de ser aplicado mientras no sea derogado o declarado ilegal.

Participamos de las críticas del art. 95.4 RH, y, además, exhortamos al legislador a que regule un posible pacto o reconocimiento de privatividad de un bien por el cónyuge no adquirente, sin las limitaciones del cónyuge beneficiado por el pacto o reconocimiento tras el fallecimiento del otro. Un posible modelo a seguir podría ser el art. 214 CDFA o la Ley 89.5 FN para el régimen de conquistas en Navarra. O bien, recurrir a la fórmula del pacto capitular entre cónyuges contenido en capitulaciones matrimoniales que module el criterio de la subrogación real y especifiquen la naturaleza ganancial o privativa de los bienes que ingresen constante matrimonio. Solución plausible de conformidad con el art. 1315 CC que posibilita una autonomía a los cónyuges para configurar sus relaciones económicas. La voluntad de los esposos es clara que puede determinar el carácter de los bienes, si bien, las reglas actuales no permiten que el pacto de atribución de privatividad tenga encaje legal, pues sus efectos son la inaplicación del régimen de la confesión de privatividad y la protección que el Registro de la Propiedad dispensa a los legitimarios del cónyuge que efectúa la confesión.

Todas estas reflexiones no han de pasar por alto la calificación fiscal que este nuevo negocio o fórmula pueda conllevar. La Administración tributaria no es ajena, y puede observar con acierto que se esconde una transmisión subyacente. Ciertamente es que la confesión de privatividad tiene efectos fiscales por cuanto implica un trasvase de bienes del patrimonio ganancial al privativo de uno de los cónyuges. Sería conveniente un análisis a futuro por parte del legislador, al ser admitida la fórmula registralmente, sobre su encaje en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, o, en su caso en el Impuesto de Donaciones<sup>58</sup>.

De esta forma, para terminar, hasta la fecha solo cabría admitir el carácter privativo puro cuando se pruebe el origen de los fondos, o bien, cuando se celebre un negocio de atribución de privatividad, al que ciertamente le lleva aparejado una transmisión onerosa o gratuita con todas las consecuencias fiscales. Razón por la cual, es necesario analizar con profundidad las consecuencias fiscales de este

58 La materia excede de nuestra área de estudio. En este ámbito es de interés JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: "Repercusiones fiscales de la confesión de privatividad", *Informe actualidad fiscal*, junio, 2019. Puede consultarse en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/informes-mensuales-fiscal/informe-actualidad-fiscal-junio-2019-sts-sobre-extinciones-de-condominio-fiscalidad-confesion-de-privatividad/> (fecha de última consulta: 26/09/2023).

pacto, o si se llega a operar una modificación legislativa que lo consagre como un negocio jurídico independiente. En especial, en los paradigmas en los que la atribución sea inicial, en el momento en que se adquiere el bien inmueble.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: *La declaración de propiedad de bienes matrimoniales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

BLANQUER UBEROS, R.: "La presunción de ganancialidad. La confesión de privatividad, La fijación negocial de privatividad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Civitas, Madrid, 2002.

BORRUEL GARCÉS, Y.: "La atribución de privatividad en la sociedad de gananciales ¿un nuevo negocio jurídico?", *Diario la Ley*, núm. 10170.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Artículo 1323", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), t. IV, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

CALAZA LÓPEZ, C.A.:

- "El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas de *lege ferenda*", *La Ley Derecho de familia*, núm. 15, 2017.
- "Una apuesta por la atribución de privatividad frente al cajón de sastre del art. 1324 del Código Civil", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 35, 2022.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: "De la confesión de privatividad anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981, a la atribución directa del carácter privativo sin acudir a la confesión", en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo. Liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez*, (dirs. F. YÁÑEZ VIVERO, B. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DORADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ y E. ABAD ARENAS), t. II, Dykinson, Madrid, 2023.

DÍEZ SOTO, C. M.: *Desplazamiento negocial de bienes entre patrimonios en el régimen de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

GARCÍA GARCÍA, J. M.:

- "Comentario crítico de las tres resoluciones de 15 de enero de 2021 y 12 de junio de 2020 (1ª y 4ª): el pacto de atribución de carácter privativo de un bien por los cónyuges y la confesión de privatividad. Autonomía de la voluntad y causa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2021.

- *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y Comentarios*, t. II, Civitas, Madrid, 2019.

GARDEZÁBAL DEL RÍO, F. J.: "Tema 6. La sociedad de gananciales", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, (coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. 2, Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

GARRIDO DE PALMA, V.:

- *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1993.
- "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado. Familia* (coord. por J.F. DELGADO DE MIGUEL), t. IV, vol. I, Civitas, Madrid, 2001.

GASPAR LERA, S.:

- "Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales", *Revista de Derecho Civil aragonés*, núm. 24, 2018.
- "Los negocios de configuración del patrimonio común en la sociedad de gananciales: autonomía privada de los cónyuges y Registro de la Propiedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 2016.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986.

GIMÉNEZ DUART, T.: "Cargas y obligaciones en el matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, 1982, núm. 66.

GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002.

LATAS ESPINO, M. J.: "La confesión de privatividad: un análisis del art. 1324 CC y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública relativa al mismo", *La Ley Derecho de familia*, núm. 35, 2022.

LÓPEZ FRÍAS, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2022.



LÓPEZ IGLESIAS, L.: "La atribución de privatividad de bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 25, 2020.

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A.: "El artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario: una norma manifiestamente derogable y de dudosa legalidad", *El Notario del siglo XXI*, 2021, núm. 97. Puede consultarse en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10754-el-articulo-95-4-del-reglamento-hipotecario-una-norma-manifiestamente-derogable-y-de-dudosa-legalidad> (fecha de última consulta: 26/09/2023).

MANZANO FERNÁNDEZ, M. M.: "Los bienes privativos por confesión en el Código Civil y en la legislación hipotecaria", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2016.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. A.: "Casos dudosos de bienes privativos y gananciales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1985.

MONTERO GIMÉNEZ, J. M.: "La privatividad del dinero en las adquisiciones de inmuebles", *La Ley Derecho de familia*, núm. 25, 2020.

NIETO ALONSO, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial", *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2021.

OÑATE CUADROS, F. J.: "Adquisición de bienes con carácter privativo por cónyuges casados en régimen de gananciales", *El Notario del siglo XXI*, núm. 93, 2020.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho Civil, estudios comentarios y notas*, t. III, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad de gananciales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

REBOLLEDO VARELA, A. L.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REYES GALLUR, J. J.: "Atribución del carácter privativo de un bien por acuerdo de las partes: pacto de privacidad en el régimen de separación de bienes", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 35, 2007.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *Los negocios de fijación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R.: “Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: “La confesión de privatividad del artículo 1324 del Código Civil: sus repercusiones registrales”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos: Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dirs. J. M. EMBID IRUJO, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y A. M. MORALES MORENO), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017.



**AUTONOMÍA PERSONAL, AUTODETERMINACIÓN  
SUCESORIA Y FINANCIACIÓN DEL CUIDADO DE LAS  
PERSONAS MAYORES EN EL DERECHO PORTUGUÉS\***

***PERSONAL AUTONOMY, SUCCESSION PLANNING AND  
FINANCING CARE FOR ELDERLY PEOPLE IN PORTUGUESE LAW***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 260-295*

\* Este texto es parte del proyecto PID2022-136264OB-I00, financiado por: MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, EU.

Daniel DE  
BETTENCOURT  
RODRIGUES  
SILVA MORAIS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de febrero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** En este artículo se analiza el papel del Derecho de sucesiones en la financiación del cuidado a las personas mayores sin parientes cercanos que puedan proporcionarles asistencia, que se mantienen con su pensión y son propietarios de la casa en la que viven, pero sin tener dinero suficiente para pagar su asistencia. Se propone introducir en la legislación portuguesa un pacto sucesorio oneroso como mejor forma de pagar esos cuidados. También se concede especial importancia a la protección de las personas mayores frente a influencias indebidas en la realización de disposiciones mortis causa.

**PALABRAS CLAVE:** Personas mayores; financiación del cuidado; autodeterminación sucesoria; pacto sucesorio oneroso; hipoteca inversa.

**ABSTRACT:** *In this article we analyze the role that Succession Law can play in financing care for elderly people without close relatives who can provide this care and who live on their pension and own the house in which they reside, but do not have enough money to pay for such care. We conclude that an onerous succession contract could be introduced into Portuguese law as an adequate way of paying for such care. We also pay special attention to the protection of elderly people against undue influence in the making of wills and succession contracts.*

**KEY WORDS:** *Elderly people; financing care; succession planning; onerous succession contract; reverse mortgage.*

**SUMARIO.- I. EL DESAFÍO DEL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.- II. LAS PREOCUPACIONES DEL LEGISLADOR PORTUGUÉS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL DERECHO SUCESORIO.- III. FINANCIACIÓN DE CUIDADOS A PERSONAS MAYORES: LA HIPOTECA INVERSA.- IV. LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUCESIONES: NULIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS ONEROSOS Y DIFICULTADES QUE PLANTEAN.- V. EL PACTO SUCESORIO ONEROSO Y LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN EL DERECHO PORTUGUÉS.- VI. LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS.- VII. EL EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA POSICIÓN DEL CUIDADOR Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE DISPONER *MORTIS CAUSA* DE LA PERSONA MAYOR.- VIII. LOS CONTRATOS ACTUALMENTE EXISTENTES EN EL DERECHO PORTUGUÉS PARA GARANTIZAR EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES: EN PARTICULAR EL CONTRATO ATÍPICO DE ASISTENCIA A CAMBIO DE LA VENTA DE UN INMUEBLE CON RESERVA DE DOMINIO.- IX. CONCLUSIONES.**

## **I. EL DESAFÍO DEL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.**

La sociedad portuguesa sigue la tendencia europea hacia el envejecimiento de la población. Actualmente, el envejecimiento es visto como una enfermedad y no como un desafío, aunque su percepción ha variado mucho a lo largo del tiempo<sup>1</sup>. La dificultad a la que se enfrentan los juristas a la hora de definir “persona mayor” resulta directamente de la percepción “anatómica” que nuestra sociedad tiene del envejecimiento. Parece razonable elegir el criterio de los 65 años para clasificar a una persona como “mayor”<sup>2</sup>, aunque el criterio decisivo debe ser la vulnerabilidad eventualmente, aunque no necesariamente, asociada a esa edad. En este sentido, Paula Távora Vítor<sup>3</sup> se manifiesta en contra de la creación de

- 1 Cf. PITSTRA, F.: “Historical perspectives on ageing: «Old people and things that pass»”, en AA.VV.: *Elderly Care and Upwards Solidarity-Historical, Sociological and Legal Perspectives* (eds. ELISABETH ALOFS & WENDY SCHRAMA), Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2020, pp. 9-22 (pp. 12-14). La forma en que se ve el envejecimiento en la sociedad actual también se refleja en la forma en que se ve la muerte en ella [cf. ARIÉS, P.: *Essais sur l’histoire de la mort en Occident. Du Moyen Age à nos jours*, Éditions du Seuil, Paris, 1975 (traducción al portugués por PRISCILA VIANNA DE SIQUEIRA: *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1977)].
- 2 Como defendemos en MORAIS, D. B. R. S.: “As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam”, en AA.VV.: *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020, pp. 317-331.
- 3 VÍTOR, P. T.: “O dever familiar de cuidar dos mais velhos”, *Lex Familiae*, vol. 5, núm. 10, 2008, pp. 41-62 (pp. 47-49). Ver también sobre el concepto de “persona mayor”, FIDALGO, V. P.: “A tutela do idoso no Direito da Família”, en AA.VV.: *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020, pp. 333-350 (pp. 334-337).

### **• Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais**

Profesor Asistente (Ciencias Jurídicas) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa con titularidad (09/2020). Licenciado (1999), Máster (2004) y Doctor en Derecho (2015) por la misma Facultad con tesis sobre Derecho de Sucesiones. Imparte docencia en las áreas de Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones (licenciatura, máster y doctorado); Derecho de Transportes y Derecho de los Niños (máster). Autor de diversas monografías y artículos sobre Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho del Transporte (por carretera, ferroviario y aéreo). Correo electrónico: danielbrmorais@gmail.com. Orcid n. 0000-0002-6130-9541.

una categoría autónoma de vejez, que sería objeto de un tratamiento unitario, teniendo en cuenta la heterogeneidad de situaciones individuales derivadas de la edad.

En una sociedad que busca obsesivamente prolongar la vida humana, los desafíos relacionados con el envejecimiento fácilmente pasan a un segundo plano, a pesar de que existe una creciente sensibilidad al respecto.

Bengston y Roberts<sup>4</sup> identifican varias dimensiones de la solidaridad entre generaciones: a) asociación (frecuencia de contacto social y actividades compartidas por los miembros de la familia); b) afecto (sentimientos y cercanía afectiva, afirmación e intimidad entre los miembros de la familia); c) consenso (acuerdo real o percibido sobre valores, opiniones y estilos de vida entre los miembros de la familia); d) función (o patrones de apoyo instrumental o intercambio de recursos); e) normas (fuerza de obligación sentida hacia los miembros de la familia); f) estructura (estructura de oportunidades de interacción familiar, relacionada con el número de miembros de la familia o la distancia geográfica que los separa). Posteriormente, ante las críticas que se dirigieron a esta teoría se añadió una séptima dimensión: el conflicto<sup>5</sup>.

La familia ha experimentado cambios considerables en las últimas décadas, particularmente en lo que respecta a su composición, con consecuencias inevitables para la solidaridad entre generaciones y las personas disponibles para cuidar de las personas mayores. Uno de los cambios considerables es el aumento del número de divorcios, como resultado de cambios económicos y culturales relacionados con el papel de la mujer en la sociedad<sup>6</sup>. Este aumento del número de divorcios se traduce en un incremento del número de familias monoparentales. En estas situaciones, el número de potenciales cuidadores de personas mayores disminuye, y brindar estos cuidados a los progenitores resulta especialmente complejo cuando los excónyuges o exparejas tienen hijos.

Por otra parte, la relación entre los hijos y sus padres divorciados puede tener el efecto de reducir su disponibilidad para cuidar de ellos, como consecuencia de una separación resultante del propio divorcio. En realidad, los padres divorciados tienen más probabilidades de llegar a una edad avanzada con sus vínculos familiares

4 BENGSTON, V. L. & ROBERTS, R. E. L.: "Intergenerational solidarity in aging families: an example of formal construction theory", *Journal of Marriage and Family*, vol. 53, 1991, pp. 856-870 (p. 857); y SILVERSTEIN, M. & BENGSTON, V. L.: "Intergenerational solidarity and the structure of adult child-parent relationships in American families", *American Journal of Sociology*, vol. 103, núm. 2, 1997, pp. 429-460 (p. 432).

5 SILVERSTEIN, M. & BENGSTON, V. L.: "Intergenerational solidarity", cit.

6 Según datos de *Pordata*, en Portugal, en 1960, había 1,1% de divorcios, por cada 100 matrimonios. En 2022, había 50% de divorcios en el mismo número de matrimonios [cf. <https://www.pordata.pt/portugal/numero+de+divorcios+por+100+casamentos-531> (consultado el 04/01/2024)].

debilitados, especialmente los hombres<sup>7</sup>. Cuando, tras el divorcio, los padres forman nuevas familias, esto también puede conducir a la separación de los hijos de relaciones anteriores.

Por último, también se observa un aumento de los divorcios que se producen en personas mayores de 65 años, con consecuencias para el bienestar de las personas. El divorcio en estas edades también significa que los padres dependen más del apoyo de sus hijos, ya que no pueden contar con su cónyuge para hacerlo<sup>8</sup>.

El aumento de los divorcios en la sociedad actual se traduce también en un aumento del número de familias mixtas, es decir, familias en las que hay al menos un hijo no común de la pareja, según la terminología utilizada por el *Instituto Nacional de Estadística* en el Censo 2021<sup>9</sup>. Esto plantea la cuestión de si los familiares de las familias mixtas seguirán estando disponibles para cuidar a sus antiguos suegros, especialmente si son personas mayores<sup>10</sup>.

Cabe recordar que, en el ordenamiento jurídico portugués, según la redacción actual del art. 1585 CC, que resulta de la Ley 61/2008, la afinidad no cesa con la disolución del matrimonio por muerte, lo que significa, *a contrario sensu*, que cesa con el divorcio<sup>11</sup>. Asociando esta información al hecho de que, en 2021, por primera vez, el porcentaje de divorciados superó al de viudos en Portugal<sup>12</sup>, todo indica que la tendencia será hacia la disolución del matrimonio por divorcio, es decir, hacia una disminución de la afinidad. Además, por las razones que se han destacado, el número de miembros de la familia disponibles para brindar cuidados también ha disminuido en la sociedad actual.

La menor disponibilidad de familiares para cuidar a las personas mayores es evidente si consideramos que no sólo está aumentando la esperanza media de vida, sino que también los hogares familiares son cada vez más pequeños.

7 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEPS, J.: "Sociological perspectives on changing family constellations and intergenerational support in ageing societies", en AA.VV.: *Elderly Care*, cit., pp. 23-43 (pp. 28-29).

8 Cf. BROWN, S. L. & LIN, I.-F.: "The gray divorce revolution: rising divorce among middle-aged and older adults, 1990-2010", *Journals of Gerontology Series B: Psychological Sciences and Social Sciences*, vol. 71, núm. 2, 2016, pp. 731-741 (p. 740).

9 Del Censo 2021 se desprende que, en ese año, las familias en cuestión representaron el 8,8% del total de familias de parejas con hijos, lo que representa un aumento del 2,3% respecto a 2011 [cf. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Censos 21 – Resultados Definitivos* (información a la comunicación social) 23/11/2022, p. 4 [disponible en [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_publicacoes&PUBLICACOE5pub\\_boui=65586079&PUBLICACOE5modo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOE5pub_boui=65586079&PUBLICACOE5modo=2) (consultado el 05/01/2024)]].

10 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEPS, J.: "Sociological perspectives", cit., p. 30.

11 En todo caso, el excónyuge figura en la lista de obligados a prestar alimentos, según el art. 2009, a) CC, como el padrastro u la madrastra, según f) del mismo artículo. Además, dispone el art. 1904-A CC que el cónyuge o pareja de hecho del padre único del niño podrá tener la custodia legal por decisión judicial, cuando la filiación sólo se establezca respecto de uno de los padres. ¿Tendría sentido, en este último caso, que la afinidad terminara mediante el divorcio? Los desafíos que plantean las familias mixtas son, por tanto, claros.

12 Cf. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Censos 2021*, cit., p. 6.



Relacionado con este último aspecto está la disminución de la tasa de fecundidad y el aplazamiento de la maternidad. También hay un aumento en el número de personas sin hijos. En este escenario, la mitad de las personas mayores de la Unión Europea viven en familias de tres generaciones, aunque hay menos miembros en cada generación. Todo esto genera preocupación de que en el futuro habrá una falta de cuidadores informales para las personas mayores<sup>13</sup>.

Cabe señalar que, actualmente, existe un número considerable de cuidadores informales en Portugal, lo que demuestra la importancia que tiene en la sociedad portuguesa el desafío de cuidar a las personas mayores (lo que no significa, sin embargo, que todas las personas cuidadas sean personas mayores)<sup>14</sup>. Por otro lado, esta cifra también demuestra la insuficiencia del apoyo estatal en esta materia, sabiendo que los sistemas de seguridad social de los países del norte de Europa son conocidos por ser más fuertes, en comparación con los del sur de Europa. Este aspecto tiene un enorme impacto en el apoyo entre generaciones. Si en países como Portugal la prestación de cuidados se considera fundamentalmente responsabilidad de la familia, teniendo en cuenta la fuerza de la solidaridad normativa en este contexto, y si los distintos países dependen cada vez más de cuidadores informales para garantizar la sostenibilidad del sistema, la reducción del número de posibles cuidadores, especialmente dentro de la familia, sigue suscitando algunas preocupaciones<sup>15</sup>.

Considerando todo el escenario descrito, se concluye que el papel de los hijos adultos como cuidadores informales de sus progenitores es importante, particularmente en un contexto en el que cada vez más países europeos dependen de este tipo de cuidados. En la sociedad actual, varios factores inciden en esta realidad, como el aumento de los divorcios -de hijos adultos y de sus padres-, la disminución de las tasas de fertilidad y la realidad de las familias mixtas (que la ley no siempre tiene en cuenta).

¿Como pueden las personas mayores garantizar la financiación de sus cuidados, es decir, mediante el ejercicio de su autonomía privada en el ámbito del Derecho de sucesiones, particularmente, cuando no cuentan con familiares o parientes disponibles para brindarles dichos cuidados?

13 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEFS, J.: "Sociological perspectives", cit., p. 32.

14 Según la edición de *Expresso online* del 19/04/2023, em Portugal hay 827 mil cuidadores informales. Los datos resultan de una encuesta realizada por la Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade de Lisboa [cf. <https://expresso.pt/sociedade/2023-04-19-Ha-827-mil-cuidadores-informais-em-Portugal-mais-de-metade-nao-rec-ebem-apoio-estao-sozinhos-exaustos-e-desinformados-488546ed> (consultado el 04/01/2024)]. Sin embargo, tres años antes, el *Observador* informó que esta cifra rondaba los 1,4 millones, según una encuesta realizada por el "Movimento de Cuidadores Informais" [cf. <https://observador.pt/2020/11/05/perto-de-14-milhoes-de-pessoas-em-portugal-sao-cuidadores-informais/> (consultado el 04/01/2024)].

15 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEFS, J.: "Sociological perspectives", cit., pp. 37-41.

Son aspectos que, según Heylen, Mortelmans y Knaeps<sup>16</sup>, plantearán desafíos, en términos de solidaridad entre generaciones, en un futuro próximo, y que demuestran que la solidaridad entre generaciones ha cambiado. Los retos que se plantean están precisamente relacionados con la adaptación de la ley a la nueva realidad familiar; lo que aún no se ha producido, dejando en riesgo determinados colectivos, como las personas divorciadas, las que se han vuelto a casar y las personas sin hijos, además de otras personas mayores vulnerables. Los autores entienden que los efectos negativos de los cambios en las estructuras familiares se pueden mitigar a través de políticas públicas de apoyo a las personas mayores que también fomentarán la existencia de más cuidadores, facilitando las condiciones para la prestación de cuidados. El envejecimiento de la población, que lleva a varios países a poner énfasis en la prestación de cuidados informales debe equilibrarse con las políticas de apoyo antes mencionadas. Por otro lado, la propia ley debe adaptarse a esta nueva realidad. En el ámbito del Derecho sucesorio nos encontramos ante la limitación de los mecanismos que permiten asegurar el cuidado de las personas mayores, en el ejercicio de la autonomía privada.

## II. LAS PREOCUPACIONES DEL LEGISLADOR PORTUGUÉS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL DERECHO SUCESORIO.

En el Derecho portugués, la protección de las personas mayores resulta del art. 67 de la Constitución (Constituição da República Portuguesa). Se dice aquí que es responsabilidad del Estado en particular, proteger la familia: b) promover la creación y garantizar el acceso a una red nacional de guarderías y otros equipamientos sociales de apoyo a la familia, así como una política para las personas mayores. El art. 67.c) agrega que es responsabilidad del Estado cooperar con los padres en la educación de sus hijos. El art. 36.6 de la Constitución solo se refiere a los deberes de los padres hacia sus hijos, pero no al revés. Este precepto dice que los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando éstos no cumplan con sus deberes fundamentales para con ellos y siempre por decisión judicial. Así, el apoyo del Estado a ayudar a los padres a educar a sus hijos está claro en la Constitución, pero la referencia a la protección de las personas mayores no es tan clara. ¿Se olvidó el legislador portugués de la cuestión?

Ciertamente no, y no podría ser de otra manera. Por tanto, el art 1874.1 del Código Civil (CC) determina que padres e hijos se deben respeto, ayuda y asistencia y el art. 1874.2 agrega que el deber de asistencia incluye la obligación de proporcionar alimentos y de contribuir, durante la vida en común, según los propios recursos, a los gastos de la vida familiar. Según la resolución del Consejo de Ministros 63/2015, del 25 de agosto, que aprueba la estrategia de protección de las personas mayores, esta protección debe reforzarse también en el Derecho de

16 Cf. HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEPS, J.: "Sociological perspectives", cit., pp. 42-43.

sucesiones. Así, debe modificarse el Código Civil, en materia de incapacidad por indignidad, art. 2034 CC, en el sentido de que la persona condenada por un delito de violencia doméstica contra el causante de la sucesión debe carecer de capacidad sucesoria por indignidad, y también en el sentido de que debería añadirse una nueva norma al Código Civil, bajo el epígrafe de sucesiones testamentarias, en el capítulo de incapacidad relativa, para establecer que la disposición a favor de los cuidadores de personas ingresadas en establecimientos públicos o privados de asistencia social es nula si las personas ingresadas están incapacitadas, aunque no se haya decretado ninguna medida para salvaguardar sus derechos.

Ninguna de estas medidas se ha implementado aún, pero existe claramente una preocupación por parte del legislador por la protección de las personas mayores de la influencia de sus cuidadores cuando hacen testamento<sup>17</sup>. Este es un aspecto importante cuando se habla de la financiación de cuidados a personas mayores través de los mecanismos del Derecho sucesorio; pero no nos parece que la función del Derecho sucesorio en relación con la protección de las personas mayores se agote en los dos aspectos mencionados en la Resolución del Consejo de Ministros. Estos aspectos están vinculados a la protección de las personas mayores, pero ninguno de ellos se refiere a la financiación de los cuidados de estas personas.

### III. FINANCIACIÓN DE CUIDADOS A PERSONAS MAYORES: LA HIPOTECA INVERSA.

Cuando las personas mayores no tienen familiares o amigos que puedan brindarles cuidados ¿qué mecanismos sucesorios pueden utilizar para lograr ese objetivo? Considerando que el ahorro portugués se centra en gran medida en la vivienda propia<sup>18</sup>, la atribución *mortis causa* de esta vivienda podría ser una forma por la que de una persona mayor pudiera obtener cuidados durante la vida, especialmente si la persona no tiene el dinero disponible para pagarlos. Para lograr este objetivo, varios países han recurrido a las hipotecas inversas. Se trata de un mecanismo que existe desde hace más de cuarenta años y que tiene como objetivo resolver las dificultades crediticias de las personas mayores. Esta hipoteca representa lo contrario de una hipoteca convencional y permite a las personas mayores que poseen una vivienda obtener un préstamo entregando la casa como

17 En la realidad, es fácil constatar el creciente interés por los problemas surgidos en torno de las interferencias entre las relaciones de cuidado y el Derecho sucesorio (cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 178-179.

18 Según datos de Eurostat, los países de la Unión Europea con mayor porcentaje de propietarios son Rumania (95,3%), Eslovaquia (92,9%), Hungría (91,7%) e Croacia (90,5%), seguido de Lituania (89%), Polonia (86,8%), Bulgaria (84,9%), Letonia (83,2%), Malta (81,9%), Estonia (81,6%), República Checa (78,3%) e Portugal (78,3%). Esto significa que Portugal ocupa el duodécimo lugar en estas cifras sobre un total de 27 países [cf. EUROSTAT: "Owning or renting? What is the EU's housing situation?", 30/12/2021, disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-eurostat-news/-/wdn-20211230-1> (consultado el 12/01/2024)].

garantía, continuando viviendo en ella. De esta manera, pueden compensar la falta de liquidez, es decir, pagar la asistencia que necesitan sin tener que vender o alquilar su casa. El elemento esencial aquí es el valor de la vivienda. A la muerte del propietario de la casa, sus herederos se enfrentan a dos alternativas: pagar la deuda y quedarse con la casa, o vender la casa para pagar la deuda.

Este es un mecanismo que presenta algunos riesgos, teniendo en cuenta que estamos ante una opción de crédito para personas mayores y que este crédito todavía está garantizado con una hipoteca. La persona mayor se ve, desde el principio, limitada en su capacidad para disponer de este bien, teniendo en cuenta que está gravado por una hipoteca y, por tanto, no puede hacer frente a futuras necesidades económicas. Por otro lado, la duración de la vida de una persona es incierta, lo que podría traducirse en un aumento del valor de la deuda dados los intereses que se adeudan mientras tanto. Además, también puede haber fluctuaciones en tipos de interés y en el valor de la propiedad en sí, lo que puede significar que, al final, el valor de la deuda sea mayor que el valor de la propiedad. Teniendo esto en cuenta, es aconsejable que el crédito represente sólo una pequeña parte del valor del inmueble. Por otro lado, los costes con comisiones bancarias, registros, tasas, etc., también son altos. Teniendo en cuenta que el objetivo es garantizar la atención a las personas mayores y no sólo facilitar su acceso al crédito, y considerando la naturaleza compleja de los productos en cuestión, quizás, esta no sea la mejor opción en la sociedad portuguesa. La figura se introdujo en España a través de la Ley 41/2007 (que modificó la Ley 2/1981) 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<sup>19</sup>. Sin embargo, la figura no tuvo el éxito esperado, teniendo en cuenta los riesgos mencionados y la mentalidad de los españoles de conservar su propiedad una vez adquirida y no volver a hipotecarla<sup>20</sup>. En Portugal, este mecanismo no está regulado por ley. Por otra parte, cuando han aparecido algunos de estos productos asociados a compañías de seguros, no han tenido éxito. La crisis financiera y el temor a la caída de los precios inmobiliarios contribuyeron a ello. Por otra parte, al igual que los españoles, los portugueses tienen la mentalidad de conservar sus bienes para transmitirlos a sus familiares cuando fallezcan<sup>21</sup>.

19 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21086> (consultado el 12/01/2024).

20 DEL POZO GARCÍA, E., DÍAZ MARTÍNEZ, Z. y FERNÁNDEZ SEVILLA, L.: "La hipoteca inversa en España: un estudio comparativo con otros países de la Unión Europea y EEUU", *Revista Universitaria Europea*, núm. 15, 2011, pp. 85-106 (pp. 104-105) [disponible en: <http://www.revistarue.eu/RUE/102011.pdf> (consultado el 12/01/2024)].

21 Según *Expresso online*, de las 20 entidades contactadas en 2018, solo dos -la aseguradora Fidelidade y el banco BNI Europa- dijeron que ya ofrecían este tipo de solución. El banco BNI Europa decidió lanzar este tipo de producto (llamado producto Cherry) en 2017, pero el Banco de Portugal le obligó a suspenderlo por no contar con legislación propia [cf. *Expresso online*, del 14/01/2018, disponible en: <https://expresso.pt/economia/2018-01-14-Credito-para-idosos-dando-a-casa-como-garantia--So-la-fora>, (consultado el 17/01/2024)].

En las hipotecas inversas, determinadas situaciones de incumplimiento podrían llevar a la persona mayor a perder su vivienda, como, por ejemplo: impago de impuestos de la propiedad, falta de mantenimiento y conservación, carencia de un seguro adecuado para este tipo de contratos, abandono de la vivienda o alquiler de la misma, etc<sup>22</sup>. Dadas estas dificultades y los riesgos asociados a las hipotecas inversas, e incluso con independencia de la eficacia de este mecanismo, el Derecho de sucesiones también ha sido una vía utilizada por las personas mayores para pagar cuidados y asistencia. Sin embargo, la prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho portugués representa un obstáculo para este objetivo. Por el contrario, las hipotecas inversas no entran en conflicto con esta prohibición: nada impide que el momento del fallecimiento del deudor constituya un plazo para el cumplimiento de la obligación de devolver el capital del préstamo; estaríamos ante la categoría de actos *post mortem* -y no actos *mortis causa*-, en los que la existencia de una obligación por parte del disponente en vida excluiría la aplicación de la prohibición de los contratos sucesorios. Hay que tener en cuenta que la hipoteca es una manifestación evidente de esta obligación<sup>23</sup>.

#### IV. LIMITACIONES DEL DERECHO DE SUCESIONES: NULIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS ONEROSOS Y DIFICULTADES QUE PLANTEAN.

En el Derecho portugués, no es válido un pacto sucesorio oneroso, es decir, un contrato en el que exista una atribución *mortis causa* hecha por una persona mayor a cambio de ayuda o asistencia. Teniendo en cuenta que la última voluntad debe ser libre y espontánea, el Derecho sucesorio evita una obligación vinculante en caso de muerte<sup>24</sup>. Por tanto, el art. 2028 CC determina que los pactos sucesorios son nulos a menos que estén previstos por la ley: nos encontramos ante una prohibición mitigada de los pactos sucesorios. Fuera del margen excepcional en el que se admiten, la autodeterminación sucesoria sólo debe ejercerse mediante testamento. Tales pactos sucesorios serán nulos, ya sea que en ellos alguien disponga de su propia herencia (pactos sucesorios designativos), o renuncie a la herencia de una persona viva (pactos sucesorios de renuncia), o disponga de la herencia de un tercero que aún no ha sido abierta (pactos sucesorios dispositivos) (art. 2028.I CC). En el mismo sentido, el art. 946.I CC determina la nulidad de las donaciones *mortis causa*, aunque puedan tener validez como disposiciones testamentarias siempre que se cumplan los requisitos formales respectivos.

22 Sobre estas dificultades, en relación con las *reverse mortgages* en EE.UU., cf. MANCINI, S. B. & WILLIAMSON, O.: "Reversing course: stemming the tide of reverse mortgage foreclosures through effective servicing and loss mitigation", *The Elder Law Journal*, vol. 26, núm. 1, 2018, pp. 85-130; y BRITTINGHAM, S.: "Aging out of place: the toll of reverse mortgages and how to fix the program", *The Elder Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2021, pp. 150-180.

23 Sobre la cuestión en la jurisprudencia francesa, cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Audoterminação sucessória: por testamento ou por contrato?*, Principia, Cascais, 2016, pp. 196-199.

24 Sobre el potencial de la sucesión contractual en la protección de las personas mayores, cf. MORAIS, D. B. R. S.: "Direito Sucessório e a proteção das pessoas idosas", *Lex Familiae*, vol. 15, núm. 31, 2019, pp. 45-69 (pp. 55-62).

Existen varias figuras legalmente consagradas a las que la propia ley asigna el nombre de “pactos sucesorios” (art. 1755.2 CC); donaciones *mortis causa* realizadas: a) por uno de los cónyuges en beneficio del otro que son donaciones matrimoniales; b) por un tercero en beneficio de los cónyuges (donaciones matrimoniales); c) por los cónyuges en beneficio de un tercero (que no son donaciones matrimoniales) (todas previstas en el art. 1700.I CC). La validez formal de tales donaciones depende de su inclusión en el contrato prenupcial [arts. 1699.I, a) y 1756 CC]<sup>25</sup>. Cabe destacar también la reciente admisibilidad de la renuncia recíproca a la condición de heredero legitimario [art. 1700.I, c) CC] si los cónyuges así lo desean y si eligen el régimen de separación de bienes o si esto es obligatorio por ser mayores de 60 años según el art. 1720.I, b) (art. 1700.3). Se trata de un pacto sucesorio de renuncia, introducido por la Ley 48/2018, del 14 de agosto, que constituye otro mecanismo importante para relajar las reglas de sucesión necesaria en el Derecho portugués<sup>26</sup>.

Cuando una persona mayor recurre a un testamento para obtener cuidados, puede surgir el problema de la dificultad de probar la existencia de un acuerdo entre el testador y su cuidador para que la prestación de ayuda y cuidados se vea recompensada por el hecho de que el cuidador se convierta en heredero o legatario. Esta primera dificultad queda claramente ilustrada por la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 30/11/2004<sup>27</sup>. El STJ dictaminó que, si el testador dispone de un bien a favor de una persona con la condición de que ella lo cuide hasta su muerte, no está impedido de revocar el testamento, ni le confiere a ella el derecho de exigir el bien legado en caso de revocación, y que la revocación del testamento no justifica el recurso al instituto del enriquecimiento sin causa. En este caso, la cuidadora se trasladó a vivir con los testadores, y a cambio cuidaría de ellos y de la casa. Sin embargo, no se ha probado que su institución como legataria formara parte de este acuerdo.

En los casos en que la prestación de servicios está vinculada a un legado testamentario, cabe distinguir tres hipótesis fundamentales<sup>28</sup>: a) existe un verdadero acuerdo de prestación de trabajo en cambio de un testamento; b) no hay acuerdo, sino sólo una promesa verbal, más o menos precisa, del testador de que contemplará en su testamento a la persona que prestó el servicio; c) el trabajo se realiza espontáneamente a favor de la persona en cuyo patrimonio existe alguna esperanza, con el fin de garantizar algún beneficio, es decir, el caso en que

25 Cf. PINHEIRO, J. D.: *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.ª ed., Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 159-173.

26 Sobre este pacto sucesorio de renuncia, cf. MORAIS, D.: “A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações”, en *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais* (organización DANIEL MORAIS), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2023, pp. 121-216 (pp. 193-215).

27 Asunto n.º 04A3864, Ponente - Lopes Pinto. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). (consultado el 23/01/2024).

28 Cf. DE GIORGI, M. V.: *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976, pp. 158-160.

la situación, objetivamente observada, parece implicar que los servicios prestados serán objeto de una compensación equitativa. Sólo la primera de estas situaciones está cubierta por la prohibición de pactos sucesorios (art. 2028.2 CC), ya que demuestra la existencia de un acuerdo preciso que establece una obligación, cuyo cumplimiento constituirá la realización de la disposición testamentaria posterior o inmediata. En cambio, si el causante se limita a expresar verbalmente, al interesado o a un tercero, la intención de disponer de sus bienes de una determinada manera, no existe pacto sucesorio ni obligación vinculante.

Sin embargo, aunque sea posible demostrar tal acuerdo (por ejemplo, poniéndolo por escrito), a los magistrados les resulta difícil aceptar la idea de que la realización de una disposición *mortis causa* pueda considerarse parte de un contrato.

Ilustrativa de ello es la sentencia del Tribunal da Relação de Lisboa de 11/10/2006<sup>29</sup>, en el sentido de que: 1. El hecho de que la demandada fallecida pidiera a los demandantes que la cuidaran, prometiéndoles que, a cambio de los servicios que le prestaran, los haría, por testamento, herederos únicos y universales de todos sus bienes, y que los demandantes aceptaran esa propuesta, cuidando de la demandada y prestándole servicios, no prueba que entre esas partes se celebrara un contrato de prestación de servicios. 2. Es inaceptable pretender que la promesa hecha por la difunta demandada de instituir a los demandantes como herederos únicos y universales de sus bienes constituya, en un sentido técnico-jurídico, una recompensa por los servicios que le prestaron los recurrentes. 3. La voluntad del testador, debido a la relevancia social del acto, debe estar hasta el final de la vida totalmente libre de cualquier coacción. De esta decisión se desprende claramente que el TRL consideró inconcebible la existencia de un pacto sucesorio a título oneroso; sin embargo, el art. 2028.2 CC no hace distinción alguna al prohibir los distintos tipos de pactos sucesorios, abarcando tanto los celebrados a título gratuito como a título oneroso.

Más recientemente, y sobre la misma cuestión, téngase en cuenta la sentencia del Tribunal da Relação de Coimbra, de 25/09/2018<sup>30</sup> según la cual: 3. Dado que la ley consagra la libre revocabilidad del testamento, los beneficiarios no pueden exigir el cumplimiento de la obligación pactada con el testador a cambio de la ayuda que se les ha prestado y se les prestaría. 4. Al no haberse pactado otra forma de retribución, la compensación por los servicios prestados sólo podrá lograrse mediante un enriquecimiento sin causa, si se verificaran los supuestos respectivos. Y es que la preocupación por proteger a la parte más débil, que subyace en la imposición de límites a la libertad formal de las partes, llevó al

29 Asunto n.º 8495/2006-I. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 23/01/2024).

30 Asunto n.º 3755/15.4T8LRA.C2, Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 23/01/2024).

legislador a establecer normas imperativas, como el art. 2311 CC, según el cual el testador no puede renunciar al derecho de revocar su testamento, en todo o en parte, y cualquier cláusula que contradiga el derecho de revocación se considera no escrita.

Hoy en día, es inaceptable que alguien preste servicios de cuidado de personas mayores, así como servicios domésticos, con el único pago de “cama y comida”. En el caso de una prestación laboral de cuidados, es decir, una prestación de trabajo subordinado, las normas sobre enriquecimiento injusto (art. 479 CC) no son adecuadas para tener en cuenta la especificidad de la prestación de trabajo, cuando la atribución *mortis causa* no se produce después de la prestación de servicios de asistencia y cuidados<sup>31</sup>.

Si, en el caso concreto, no hay prestación laboral en juego, será admisible el recurso a la *condictio ob rem*, que aparece como una de las modalidades de enriquecimiento por beneficio. Sin embargo, esto sólo es posible si no se acredita la existencia de un auténtico contrato, aunque sea nulo, siempre que existe un acuerdo sobre la causa de la prestación. La *conditio ob rem* es la situación en la que alguien realiza un trabajo con vistas a un efecto que no se ha producido. Lo único que se necesita es un acuerdo entre las partes sobre la finalidad del servicio, es decir, que ambas partes consideren que la prestación de asistencia tiene por objeto la realización de una disposición testamentaria, aunque el testador no esté obligado a realizarla. Este acuerdo está a medio camino entre un simple motivo y una obligación negocial. Sabiendo que el cuidador no puede exigir al testador que haga testamento, el cuidador espera, no obstante, que el testador lo beneficie *mortis causa* como consecuencia de este acuerdo. De forma más esquemática, la utilización de esta *condictio* implicaría que se cumpliesen las siguientes condiciones: a) la realización de una prestación dirigida a un determinado resultado; b) este resultado correspondiera al contenido de un negocio jurídico; c) este resultado no se realizase posteriormente. No obstante, es raro que se cumplan todas las condiciones de la *condictio ob rem*, por lo que es poco frecuente recurrir a ella.

Si, por el contrario, se demostrase la existencia de una verdadera obligación de hacer testamento en beneficio del causante, como consecuencia de la celebración de un contrato sinalagmático de prestación de servicios (pacto sucesorio), aunque nulo, no sería necesario recurrir al enriquecimiento injusto. La aplicación del art. 473 CC queda naturalmente excluida cuando existe un crédito basado en un

---

31 En este caso, la prestación debe ser compensada por la existencia de un deber de remuneración, aplicándose analógicamente el art. 122 del Código del Trabajo, según el cual el contrato de trabajo declarado nulo o anulado produce efectos como si fuera válido en relación con el momento en que se ejecuta. Esto descarta la idea de que una empleada de hogar que presta sus servicios a un viudo con la esperanza de que éste le ceda sus bienes en testamento sólo pueda ser protegida por la vía del enriquecimiento injusto. Esta será la solución con independencia de que pueda demostrarse que, de hecho, se celebró un contrato (cf. LEITÃO, L. M.: *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 620-629).



negocio jurídico, en la medida en que las transacciones constituyen la justificación de la adquisición. Incluso la liquidación del negocio jurídico basada en la nulidad sigue teniendo su fuente en el propio negocio jurídico. Así, si se prueba que existió un contrato real, del que forma parte la realización del testamento, debido a la posibilidad de conocer de oficio la nulidad del contrato (art. 286 CC), será de aplicación el art. 289 CC, que determina la restitución de todo lo prestado, o de su valor si no es posible la restitución en especie.

## V. EL PACTO SUCESORIO ONEROSO Y LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN EL DERECHO PORTUGUÉS.

Aunque tradicionalmente se considera que en el Derecho de sucesiones sólo tienen lugar disposiciones gratuitas, no creo que debamos limitar así su alcance. La voluntad del difunto no siempre está en el centro de esta rama del derecho. Por otro lado, existen los actos *post mortem*, en los que la muerte no es la causa del acto, sino sólo un término o condición para la producción de los respectivos efectos, y que también incluyen las asignaciones a título oneroso. Por último, si la prohibición de los pactos sucesorios se aplica tanto a los contratos gratuitos como a los onerosos, esto significa que, en teoría, también puede haber pactos sucesorios onerosos. Los propios legados pueden ser onerosos cuando se utilizan para pagar una deuda, según el art. 2259 CC<sup>32</sup>.

La introducción de un pacto sucesorio oneroso en la legislación portuguesa, en el que una persona mayor hace una disposición *mortis causa* a cambio de cuidados, podría ser especialmente apropiada en situaciones en las que las personas mayores no tienen familiares que puedan proporcionarles cuidados<sup>33</sup>. Debido a las especificidades de las relaciones laborales, si la asistencia la presta un particular, tendría que tratarse de un contrato de servicios y no de un contrato laboral. Uno de los riesgos de este contrato sería la posibilidad de que el cuidador influyera indebidamente en la persona mayor para que hiciera la disposición *mortis causa*<sup>34</sup>. Siempre sería un riesgo dejar el cuidado de la persona mayor a alguien que se beneficiaría de su muerte.

32 En general, sobre las dificultades que plantea el pacto sucesorio oneroso, particularmente, en lo que respecta su construcción dogmática, cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 579-660.

33 En nuestra doctrina, a propósito del estatuto de las personas mayores, Remédio Marques critica la ausencia de un contrato que, mediante la autonomización de un bien cedido a un tercero, les permita garantizar su subsistencia y la prestación de diversos servicios, como asistencia sanitaria, vivienda, manutención, gestión de asuntos personales, etc. (cf. MARQUES, J. P. R.: "Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 83, 2007, pp. 183-217 (pp. 183-184).

34 Otro de los problemas que plantea este tipo de contrato se refiere a las consecuencias de su efecto vinculante sobre las facultades de disposición de la persona mayor sobre el inmueble en el que reside. Como tuvimos ocasión de argumentar al analizar la cuestión, cualquier decisión al respecto tendrá que pasar por limitar las facultades de la persona mayor sobre sus bienes una vez firmado el contrato de fallecimiento, salvo en casos de grave necesidad y protegiendo las expectativas de la persona responsable

La legislación portuguesa tiene en cuenta esta situación en el art. 2194 CC, al determinar que la disposición a favor del médico o enfermero que atienda al testador, o del sacerdote que le preste asistencia espiritual es nula si el testamento se realiza durante la enfermedad y su autor fallece a causa de ella<sup>35</sup>. Se trata de una forma de proteger la libertad testamentaria. A su vez, el art. 2195 CC, excluye los legados de remuneración por servicios recibidos por el paciente así como a favor de descendientes, ascendientes, colaterales hasta el tercer grado, o del cónyuge del testador, a que se refiere el apartado 3 del art. 2192 CC<sup>36</sup>.

El art. 2194 CC pretende evitar que la persona que cuida al testador durante su enfermedad, actuando como enfermero o médico, se aproveche del ascendiente natural que tiene sobre él. En general, hay que señalar que los contratos de asistencia van dirigidos a personas mayores que, por no tener familia cercana, buscan a alguien que les ayude con las tareas cotidianas como cocinar, fregar, limpiar la casa, hacer la compra, ir al médico, etc. A veces se trata de personas con problemas de salud más graves, otras veces son simplemente personas con las limitaciones normales que conlleva la edad aunque, la sociedad actual tiende a ver la propia edad como una enfermedad. En definitiva, el art. 2194 CC puede suponer, no sólo que una persona contratada para ayudar a otra a cambio de un nombramiento como legatario vea revocada la disposición testamentaria a su favor, sino que además pueda tener que hacer frente a la nulidad de dicha disposición testamentaria<sup>37</sup>.

En sentencia de 13/05/2004<sup>38</sup> el STJ sostuvo que la referencia del 2194 CC del Código Civil a los enfermeros se refiere a quienes tienen la condición jurídica de enfermeros, y no comprende a cualesquiera otras personas que, por razones de amistad o solidaridad, hayan prestado al testador servicios y cuidados de enfermería. A estas personas, en la medida en que puedan haber inducido y determinado al testador a beneficiarlas en el testamento, les son aplicables las disposiciones relativas a la anulación del testamento resultante de defectos en

---

de la asistencia en la recepción de los bienes en cuestión (cf. MORAIS, D. B. R. S.: "Direito Sucessório e a proteção", cit., pp. 57-61).

35 Sobre este precepto, cf. HENRIQUES, S.: "Anotación al art. 2194", en AA. VV., *Código Civil anotado-Livro V: Direito das Sucessões* (CRISTINA ARAÚJO DIAS coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 288-291; y MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 607-610. No estamos pensando específicamente en la situación en la que la persona es un adulto acompañado debido a su discapacidad, que también está prevista en la legislación portuguesa. El art. 2192 CC establece que: 1. Es nula la disposición hecha por un mayor de edad acompañado a favor de un acompañante o de un administrador legal de los bienes del disponente, aunque se hayan aprobado las cuentas respectivas. 2. Sin embargo, es válida la disposición a favor de las mismas personas cuando se trate de descendientes, ascendientes, colaterales hasta el tercer grado, cónyuge del testador o persona con la que conviva en unión de hecho.

36 Cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 610-613.

37 Para que la disposición testamentaria sea válida, los servicios prestados por el cuidador deben de realizarse antes del otorgamiento del testamento. En este caso será un legado de remuneración, pero el testamento no puede servir como incentivo para obtener asistencia.

38 Asunto n.º 04BI452, Ponente – Araújo Barros, disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 23/01/2024).

el mismo o de la usura. En el caso en cuestión, el Tribunal sostuvo que el marco prohibitivo del art. 2194 CC, con las excepciones del art. 2195 CC, no puede ser tan amplio como para abarcar situaciones que significarían un grave impedimento a la voluntad de cualquier testador de dejar, por ejemplo, sus bienes o parte de ellos a un amigo o buen samaritano que lo atienda en la fase terminal de su enfermedad.

Otra solución llevaría también a resultados absurdos y profundamente injustos, que el ordenamiento jurídico no podría amparar. Tal sería el caso de un ahijado que siempre ha vivido con su padrino, sólo porque en la fase terminal de su vida le puso unas inyecciones o le dio unos masajes según explicó el médico que le atendió, siendo postergado (por nulidad de la disposición testamentaria) por un primo lejano cuya existencia el testador ni siquiera conocía; o el caso de una dedicada empleada de hogar que, enterada de las propiedades curativas del jarabe de aloe, decide, sin indicación médica alguna al efecto, comprarlo y dárselo a beber al testador hasta el final de su vida, no pudiendo, por ese simple hecho, figurar como beneficiaria en un testamento otorgado por el testador.

Sin embargo, en una decisión de 13/09/2011<sup>39</sup>, el STJ fue más allá. En esta decisión, el Tribunal Supremo sostuvo que el art. 2194 CC anula una disposición testamentaria a favor de un médico o enfermero que atienda al testador, o de un sacerdote que preste asistencia espiritual, si el testamento se hace durante la enfermedad y su autor muere de ella. Pero, el precepto se aplica también a los casos en que los actos de tratamiento de la enfermedad son realizadas por alguien que no es médico ni enfermero pero afirma serlo o por alguien objetivamente conocedor de las artes de la medicina y la enfermería, o por alguien que, objetivamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, trata la enfermedad realizando los actos propios de un médico o de los servicios de enfermería.

En realidad, en todas estas circunstancias se produce una situación de dependencia psicológica entre el paciente y su cuidador. El precepto en cuestión debe, por tanto, ser interpretado en sentido amplio, incluyendo el ejercicio ilegal de la enfermería, como ocurrió en este caso. En esta última decisión, el Tribunal dictaminó que el art. 2194 CC no se aplica a un vecino, amigo o empleado doméstico que recuerda al paciente la hora del día, que le recuerda cuándo debe tomar su medicación, que le acompaña al hospital, que le compra e incluso le da los medicamentos prescritos, o que se ocupa de su higiene, si tenemos en cuenta que, cuando la ley habla de “cuidar al causante”, no tiene en mente estos meros actos de asistencia personal o de apoyo o ayuda a un enfermo.

---

39 Asunto n.º 6066/05.OTVLSB.LI.SI, Ponente – Salazar Casanova. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 23/01/2024).

En efecto, para el Tribunal no parece haber razón para presumir la dependencia psicológica en estos casos de mera ayuda y apoyo, lo que afecta a la libertad de acción de quien siente que su vida está en manos de quien, al prestar servicios profesionales como si lo fuera, adquiere *ipso facto* la condición de autoridad y ascendiente sobre el paciente, que lo ve no como una persona que le ayuda en las cosas de la vida, sino como un profesional, un técnico, un experto sanitario, como un médico o una enfermera, que va a salvarle o al menos ayudar a minimizar o incluso eliminar su sufrimiento. Por tanto, estaría justificado distinguir entre ambos supuestos, lo que significa que si se ha aprovechado la debilidad natural del paciente para conseguir que otorgue testamento a su favor, no es mediante la indisponibilidad a la que se refiere el art. 2194 CC por la que se anulará la disposición testamentaria: tales situaciones se refieren al ámbito de los vicios de la voluntad o incapacidad accidental, y la prueba de las mismas es importante para la anulación del testamento. Sin embargo, el propio Tribunal reconoce que puede no ser muy fácil, en los casos concretos de la vida, saber si estamos ante actos de mera asistencia o apoyo prestados a un paciente o actos que constituyen un tratamiento del paciente, que debe incluirse en el ámbito de aplicación del art. 2194.

Se mencionó anteriormente que, la resolución del Consejo de Ministros 63/2015, del 25 de agosto, que aprueba la estrategia de protección de las personas mayores, debería añadir una nueva norma al Código Civil, bajo el epígrafe de sucesiones testamentarias, en el capítulo de incapacidad relativa, para establecer que la disposición a favor de los cuidadores de personas ingresadas en establecimientos públicos o privados de asistencia social es nula si las personas ingresadas están incapacitadas, aunque no se haya decretado ninguna medida para salvaguardar sus derechos. Aunque hay preceptos que pueden aplicarse en estas situaciones, la situación particular de los cuidadores requiere disposiciones específicas que aún no existen. Baste recordar el hecho de que el art. 2194 CC no se aplica a los actos de mera asistencia y tiene unas condiciones muy concretas: que la persona esté enferma, que vaya a morir de esa enfermedad y sólo se refiere a médicos o enfermeros. Sin embargo, las personas mayores pueden beneficiarse de una mayor protección frente a sus cuidadores, que se encuentran en una posición privilegiada para influirles a la hora de hacer testamento a su favor sin ser sus enfermeros o médicos, e incluso si la persona no está realmente enferma con gravedad, sino sólo frágil debido a su edad<sup>40</sup>.

Hay varias razones para entender que el art 2194 CC no se aplica a las personas que son cuidadoras, pero no practican actos de enfermería en relación con personas mayores: a) en primer lugar la letra del propio precepto; b) por

---

40 Por ejemplo, el caso de los cuidadores informales que acompañan a la persona en su día a día, se encargan de su higiene, le ayudan a bañarse y vestirse, etc.

otro lado, el hecho que, en los trabajos preparatorios del Código Civil, se rechazó una redacción más amplia del precepto para incluir a “quienes, en el ejercicio de su profesión atienden al paciente”<sup>41</sup>. Por el contrario, sólo se consideró que debía darse una redacción al precepto que incluyera también a los médicos y enfermeras de facto; c) estamos ante una regla excepcional, ya que la regla general es que el testador puede beneficiar en testamento a quien quiera y las reglas excepcionales no pueden aplicarse por analogía (art. II CC); d) resulta de la propia Resolución del Consejo de Ministros, que prevé la necesidad de consagrar una norma en el Código Civil sobre la incapacidad sucesoria de los cuidadores, que el legislador considera, lógicamente, que el art. 2194 CC no se aplica en esta situación. Esto no quiere decir que no haya habido alguna evolución jurisprudencial hacia una mayor apertura en la interpretación del art. 2194 CC, como hemos visto, pero, en cualquier caso, esta apertura fue siempre con cierta cautela. De esta manera, el art. 2194 CC no se aplica a los cuidadores informales, así como tampoco a los psicólogos, por ejemplo, situaciones que están sujetas al régimen general de la falta y vicios de la voluntad en el testamento<sup>42</sup>.

Por otra parte, el régimen de usura, que también se aplica a los testamentos, sólo es aplicable en situaciones muy concretas y extremas y no siempre es adecuado para la situación de las personas mayores<sup>43</sup>. En realidad, a diferencia del

41 ACTAS DA COMISSÃO REVISORA DO ANTEPROJETO DO DIREITO DAS SUCESSÕES DO FUTURO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: (separata del *Boletim do Ministério da Justiça*, 1964, vol. 133, pp. 157 y ss.), pp. 158-159.

42 En sentencia del 7/07/1994, el Tribunal da Relação de Lisboa [Asunto n. 0073336, Ponente: Cruz Broco (disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), consultado el 1/02/2024)], entendió que: I. Lo dispuesto en el art. 2194 del Código Civil tiene carácter excepcional y por tanto no es susceptible de su aplicación por analogía. II. Por lo tanto, una donación a una Fundación no es nula si acepta la carga propuesta por el donante para cubrir los gastos de hospitalización en un hospital perteneciente a esa Fundación, así como todos los gastos derivados de enfermedades y también los gastos funerarios. Recordar que ese art. 2194 CC también se aplica a donaciones (art. 953 CC).

Por otro lado, en su sentencia de 28/06/2018 [Asunto n.º 733/13.ITBCSC.LI-2, Ponente: Pedro Martins], el tribunal consideró que es admisible la figura del enfermero de hecho, amparada en el término enfermero utilizado en el art. 2194 del Código Civil; sin embargo, para que esto sea así, no basta con que cualquier persona -como un empleado doméstico- realice actos objetivamente de enfermería. Lo que se requiere es que estemos ante alguien que asume ser profesional de la salud y que atiende al testador y además es visto como tal por éste (disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), consultado el 1/02/2024).

43 La usura está prevista en la Parte General del Código Civil, pero no en el título del Libro V relativo al testamento en relación a la falta y los vicios de la voluntad. A favor de aplicar el régimen de usura a los testamentos están las siguientes opiniones: MORAIS, D.: *Direito Sucessório-Apontamentos: introdução e estática sucessória*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 95; OLIVEIRA, G. DE: “O testamento-apontamentos”, en *Temas de Direito da Família*, vol. I (ed. GUILHERME DE OLIVEIRA), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 119-197 (p. 141); PINHEIRO, J. D.: *O Direito*, cit., p. 118; SOUSA, R. C. DE, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 185. Este último autor considera que no es necesario probar que se han concedido prestaciones excesivas o injustificadas, dada la importancia de proteger la libertad y la voluntad real de testar en las disposiciones de última voluntad. En sentido contrario, considerando que la existencia de estos beneficios debe probarse, véase la sentencia del STJ de 09/05/2023, que analizaremos a continuación y en el que el tribunal sostuvo que la usura se aplica a los testamentos. En la misma línea, cf. la sentencia del Tribunal da Relação do Porto de 8/07/2015 [Asunto n.º 1579/14.5TBVNG.PI, Ponente: Ana Paula Amorim. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 24/01/2024).] Por el contrario, considerando que la usura no se aplica a los negocios testamentarios, cf. LEITÃO, L. M.: *Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 227. El autor opina que, dado que el testamento es un negocio jurídico unilateral *mortis causa*, no puede considerarse un negocio desequilibrado, ya que el testador no está limitado en cuanto a las prestaciones que pretende conceder al beneficiario. Por lo tanto, si no hay ningún defecto en la formación de la voluntad, éste no puede considerarse un negocio usurario.

art. 2194 CC, en una situación de inferioridad, la explotación no se presume, sino que debe probarse, lo que puede crear algunas dificultades, si no muchas. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia entienden que la prueba de los requisitos de la usura debe realizarse de forma muy rigurosa cuando se aplica a los negocios testamentarios. En una sentencia del STJ, de 9/05/2023<sup>44</sup> queda claro que es difícil determinar, dados los hechos concretos del caso, si realmente ha habido o no usura en la realización del negocio testamentario. Estas dificultades se derivan de la existencia de un voto particular de uno de los magistrados (Maria João Tomé), aunque la decisión del STJ fue que no había usura<sup>45</sup>.

El tribunal consideró que: 1. El régimen jurídico de la usura (art. 282 CC) es aplicable a los testamentos, ya que funciona como una “válvula del sistema”, lo que permite mayores posibilidades de promover la equidad en las soluciones

---

44 Asunto n.º 1084/19.3T8GDM.PI.SI, ponente: Maria Clara Sottomayor. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 24/01/2024).

45 Es interesante observar el voto particular en este caso, que muestra una tendencia hacia una mayor protección de la voluntad de la persona mayor a la hora de hacer testamento: « He votado que no porque considero que se debería haber restituido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que consideró “(...) demasiado evidente que la demandada, conocedora de la frágil situación de la testadora, aprovechó y propició su alejamiento del resto de sus amistades y familiares, permitiéndole beneficiarla casi exclusivamente en su testamento, sin justificación aparente, resultando cumplidos todos los presupuestos de la usura.” En efecto, el testamento fue otorgado -17 de octubre de 2018- por CC aproximadamente un mes antes de su fallecimiento -20 de noviembre de 2018- (hechos probados en los apartados 1 y 2); CC, en su última voluntad, contempla a la demandada con el sesenta por ciento de los valores dinerarios en el momento de su fallecimiento y la instituye heredera del resto de su herencia (hecho probado en el apartado 2). El demandante, sobrino por afinidad de CC, convivió con ella y con su difunto tío durante los años de su formación universitaria y el inicio de su vida laboral, y acompañó a su tía durante los años en que vivió sola, visitándola regularmente (hechos probados bajo los núms. 7 y 8); CC se relacionó más con la demandada a partir de 2016 (hecho probado en el núm. 10); la demandada empezó a controlar la suma de unos 20.000,00 euros que la difunta había guardado en casa (hecho probado en el núm. 12); la empleada doméstica era el ama de llaves del demandado. La empleada de hogar de CC comenzó a ser apartada de su compañía y de toda decisión (hecho probado bajo el nº 13); por instrucciones de la acusada, CC abandonó el Hospital ..., en ..., para ser controlada en el Hospital ..., en la zona .... (hecho probado en el nº 14); CC padecía problemas de audición y visión, enfermedad pulmonar con componente asmático, insuficiencia cardiaca valvular con estenosis aórtica y mitral, fibrilación auricular, hipocoagulación permanente, patología osteoarticular degenerativa y alergias múltiples (hecho probado en el nº 15); padecía de deterioro cognitivo leve y sufría olvidos frecuentes (hecho probado bajo el nº 16); el 16 de agosto de 2018, como consecuencia de un episodio de disnea, CC fue trasladada por la demandada al servicio de urgencias del Hospital ..., donde quedó ingresada (hecho probado bajo el nº 17); el demandante desconocía la enfermedad de su tía, que fue ingresada de urgencia sin haber sido advertido por la demandada (hecho probado bajo el nº 18); permaneció allí como consecuencia de un episodio de disnea. El demandante desconocía que su tía estaba enferma, y fue ingresada de urgencia sin haber sido avisada por la demandada (hecho probado bajo el nº 18); permaneció allí hasta su fallecimiento (hecho probado bajo el nº 19); a medida que avanzaba la hospitalización, mostró un deterioro clínico, con limitación progresiva de su capacidad funcional, disnea e intolerancia al esfuerzo, incluso en reposo (hecho probado bajo el nº 21); durante la hospitalización, CC fue ingresada de urgencia. Fue la demandada quien se ocupó de los trámites necesarios para la conclusión del testamento otorgado en 2018, habiendo contactado con un profesional del derecho que se encargó de todo el proceso y fue quien llevó a la fallecida a la notaría (hecho probado bajo el nº 24); la demandada también cambió la cerradura de la casa del fallecido y guardó las llaves en su poder, no permitiendo a los familiares y amigos del fallecido entrar o acceder a la casa sin que ella estuviera presente (hecho probado en el nº 25). Puede decirse que los hechos que se consideran probados ponen de manifiesto la situación de fragilidad y dependencia de CC respecto de la acusada (que no mantiene con ella ninguna relación de parentesco, ni siquiera de amistad de larga duración), así como la existencia de comportamientos por parte de la acusada que evidencian el aprovechamiento de esa situación de fragilidad y dependencia. La valoración de estos hechos da lugar también a un juicio serio sobre la conducta de la acusada, beneficiaria del testamento: el comportamiento de la acusada es, sin duda, gravemente reprochable. Además, la prueba del requisito de concesión de beneficios injustificados y/o excesivos no debe ser demasiado exigente, pues de lo contrario nunca se conseguirá (Maria João Vaz Tomé)» (la traducción es nuestra).

jurídicas; 2. La presunción de usura en relación con la víctima se expresa a través de una lista bastante abierta: “el estado de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad y carácter”, que tiene el potencial de ampliar la protección de las personas mayores afectadas por enfermedades físicas o mentales, además de las situaciones de coacción moral o incapacidad de entender y querer. 3. Sin embargo, sólo en situaciones limitadas puede anularse un testamento por usura, debiendo acreditarse en los hechos el requisito de la explotación atribuida a la conducta del beneficiario de la disposición testamentaria. 4. La explotación no se presume, ni puede deducirse del requisito de la situación de dependencia, sin el apoyo de una facticidad global relevante que demuestre la intención del beneficiario del testamento de controlar el patrimonio del testador.

Así pues, los tribunales no aceptan fácilmente la existencia de una situación de usura. Por otro lado, pueden darse situaciones en las que no exista coacción moral (art. 2201 CC<sup>46</sup>) o incapacidad accidental (art. 2199 CC<sup>47</sup>) propiamente dicha, pero en las que la influencia ejercida por un cuidador sobre una persona mayor sea tan fuerte que la voluntad de ésta a la hora de otorgar testamento no sea del todo libre. En este caso, el problema radica en saber dónde trazar la línea entre la libertad del testador, a pesar de la situación de inferioridad, y la ausencia de dicha libertad. En este sentido, es necesaria una mayor protección de las personas mayores en relación con sus cuidadores. La existencia de normas específicas sobre la cuestión tendría la ventaja de facilitar la prueba o incluso presumir la existencia de influencia, a diferencia de lo que ocurre en el art. 2194 CC o en el régimen de usura. Queda por ver cómo se relaciona esto con el pacto sucesorio oneroso para obtener financiación de cuidados, lo que veremos a continuación. Sin embargo, antes de pasar a resolver el problema, veamos cómo han resuelto algunos legisladores extranjeros el problema de la posible influencia de los cuidadores en la elaboración de un testamento por personas mayores.

## VI. LAS DIFICULTADES RELACIONADAS CON LA INFLUENCIA INDEBIDA SOBRE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA MAYOR EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS.

En Derecho alemán, el art. 14 de la *HeimGesetz* prohíbe a los directores y empleados de los centros asistenciales públicos recibir ventajas patrimoniales de los residentes adicionales a la tarifa acordada en concepto de alojamiento,

46 El art. 255 CC establece que: 1. La declaración realizada bajo coacción moral es aquella que viene determinada por el temor al daño con el que se ha amenazado ilícitamente al declarante para obtener de él la declaración. 2. La amenaza puede referirse a la persona, el honor o los bienes del declarante o de un tercero. 3. La amenaza del ejercicio normal de un derecho o el simple temor reverencial no constituyen coacción. En cuanto al testamento, el art. 2201 CC establece que también es anulable una disposición testamentaria determinada por error, dolo o coacción.

47 El art. 2199 CC establece que es anulable el testamento otorgado por una persona incapaz de comprender el sentido de su declaración o incapaz de ejercer libremente su voluntad por cualquier motivo, incluso temporal.

manutención y cuidados, y que ha sido considerado por los tribunales aplicable a las disposiciones testamentarias y también a centros privados<sup>48</sup>. Al analizar la conformidad de esta norma con la Constitución, el *BVerfG* consideró que no era inconstitucional. El tribunal consideró que se trataba de una restricción proporcional de la libertad de testar, habida cuenta de los beneficios públicos que se derivan de la prohibición en cuestión: a) impedir la explotación financiera de las personas necesitadas de cuidados; b) impedir que la concesión de beneficios financieros adicionales o de promesas adicionales dé lugar a un trato diferenciado (privilegiado o desventajoso) de los residentes de una residencia de personas mayores; c) garantizar la libertad de testar<sup>49</sup>. El tribunal consideró que las normas generales del § 138 *BGB* sobre negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres, así como las normas sobre usura, no eran tan eficaces para perseguir los objetivos en cuestión con una intervención mínima, al igual que las normas sobre revocación de testamentos (§§ 2253-2255 *BGB*) tampoco permitían evitar presiones a los residentes de residencias de ancianos. También se consideró insuficiente exigir la comunicación de la concesión de las prestaciones en cuestión, lo que no impediría la existencia de las presiones mencionadas, así como restringir la prohibición a las situaciones en las que se ha influido activamente en la redacción del testamento, ya que no impediría que los residentes en residencias de personas mayores pudieran adquirir ventajas dentro de la residencia y se produciría una especie de situación de competencia entre los residentes, que podría poner en peligro la tranquilidad de la residencia.

En resumen, para el *BVerfG*, la prohibición de aceptar prestaciones en testamento representa la menor injerencia posible si se considera una prohibición preventiva con reserva de autorización y si se concede al residente el derecho a obtener la autorización, siempre que los fines perseguidos por la prohibición no se realicen en el caso concreto. De esta manera, se permiten beneficios de escaso valor y la autoridad competente podrá autorizar excepciones a las prohibiciones de los apartados 1 y 5 del § 14 en casos concretos, siempre que la protección de los residentes no exija el mantenimiento de las prohibiciones y los beneficios aún no se hayan prometido o concedido.

En Derecho francés, la Ley de 5 de marzo de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, modificó el art. 909 del Código Civil, consagrando un sistema muy próximo al del Derecho portugués, en los arts. 2194 y 2195 *CC*<sup>50</sup>.

48 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *La libertad*, cit, p. 182.

49 Véase la sentencia de 3/07/1998 (I BVR 434/98), disponible en: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/07/rk19980703\\_1bvr043498.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/07/rk19980703_1bvr043498.html) (consultado el 25/01/2024).

50 Art. 909: “Los miembros de las profesiones médica y farmacéutica, así como los auxiliares médicos que hayan prestado asistencia a una persona durante la enfermedad de la que ésta fallezca, no podrán beneficiarse de las disposiciones *inter vivos* o testamentarias realizadas a su favor en el curso de la enfermedad. Los representantes legales para la protección de personas mayores de edad y las personas jurídicas en cuyo nombre ejerzan sus funciones tampoco podrán beneficiarse de las disposiciones *inter vivos* o testamentarias



El art. 412-5.2 del Código Civil de Cataluña determina que las personas físicas o jurídicas, y los cuidadores que dependen de las mismas, que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio. Según Torres García y García Rubio<sup>51</sup>, al limitarse a las relaciones contractuales, esta norma no establece un nuevo requisito de inhabilidad, sino unas cautelas formales dirigidas a preservar la integridad de la voluntad testamentaria de la persona sometida al cuidado, dejando en manos del notario la salvaguarda de esta libertad.

En Galicia, según el art. 203 de la Ley 2/2006, de 14 de junio (Ley de Derecho Civil de Galicia): 1. Toda disposición a favor de persona incierta será nula, salvo que por algún evento pueda resultar cierta. 2. Será válida la disposición a favor de quien cuida al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador. Aunque la norma pretende favorecer la libertad de disposición a la muerte del testador, la doctrina señala los conflictos que pueden surgir por su aplicación. Éstos se refieren a la necesidad de determinar quién cuidó del testador en el sentido pretendido por éste y no sólo de forma objetiva. De lo contrario, la determinación del beneficiario de la disposición sería realizada por un tercero, lo que entra en conflicto con el carácter personalísimo del testamento<sup>52</sup>. Por otro lado, puede existir un conflicto de intereses entre el testamentero, encargado de determinar quién se hizo cargo del testador, y la persona que se considera con derecho a reclamar la prestación<sup>53</sup>.

Más recientemente, también según el art. 753 CC español, alterado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser

---

realizadas a su favor por las personas cuya protección prestan, con independencia de la fecha de la donación. Se exceptúan

1º Las disposiciones remuneratorias realizadas con carácter especial, atendiendo a la capacidad del disponente y a los servicios prestados;

2º Las disposiciones universales, cuando se trate de parientes hasta el cuarto grado inclusive, siempre que el causante no tenga herederos en línea directa; salvo que la persona en cuyo favor se haya hecho la disposición sea a su vez uno de esos herederos.

Las mismas reglas se aplicarán al ministro de culto”.

51 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *La libertad*, cit, pp. 184-185,

52 A excepción del testamento por comisario, previsto en el art. 196 de la citada Ley.

53 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *La libertad*, cit, pp. 185-187.

favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*.

En el Derecho suizo, el art. 521 del *Code des Obligations [Loi fédérale de 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)]*, establece que: 1. El contrato de alimentos vitalicios es un contrato en virtud del cual una de las partes se compromete a transferir a la otra un patrimonio o determinados bienes a cambio del compromiso de mantenerla y cuidarla durante el resto de su vida. 2. Si el deudor es nombrado heredero del acreedor, el contrato se rige por las disposiciones relativas a los pactos sucesorios. El art. 522 añade lo siguiente: 1. El contrato de alimentos vitalicios debe recibirse en forma de pacto sucesorio, aunque no implique la institución de heredero. 2. No obstante, bastará un acuerdo privado si el contrato se celebra con un asilo reconocido por el Estado y en las condiciones establecidas por la autoridad competente.

De todas estas soluciones diferentes para la protección de las personas mayores en relación con sus cuidadores pueden extraerse varias conclusiones:

a) que la existencia de un vínculo contractual entre el cuidador y la persona mayor, con el pago de los servicios de asistencia, lleva a los legisladores de diversos países a contemplar con recelo los beneficios *mortis causa* adicionales a estos pagos;

b) que la situación de las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, en un establecimiento público o privado lleva a los legisladores de diversos países a contemplar con recelo los beneficios *mortis causa* en beneficio de los mismos o en beneficio de sus cuidadores, que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento;

c) que la determinación del cuidador puede plantear algunas dificultades cuando la persona no es designada nominalmente en el testamento;

d) que en las situaciones en las que existe una sospecha legítima de que el testador pueda estar influenciado por su cuidador o cuidadores, el legislador trata de proteger a la persona mayor mediante la forma del acto, o mediante la necesidad de consentimiento de una autoridad competente para que se conceda la prestación;

e) que en la única situación analizada en la que la prestación por causa de muerte consiste en el pago de los cuidados propiamente dichos a través de un contrato (derecho suizo), el hecho de que el contrato se celebre con un establecimiento de asistencia reconocido por el Estado permite recurrir a un acuerdo privado.

Por otra parte, como hemos visto, la intención del legislador portugués parece ser añadir una norma al Código Civil que establezca que la disposición a favor de los cuidadores de personas ingresadas en establecimientos públicos o privados de asistencia social es nula si las personas ingresadas están incapacitadas, aunque no se haya decretado ninguna medida para salvaguardar sus derechos. En otras palabras, se trata de una disposición que sólo se aplica en situaciones en las que la persona mayor se encuentra en un establecimiento público o privado de asistencia social y se encuentra en estado de incapacidad, aunque sea meramente fáctica. Se trata de una solución moderada, ya que las prestaciones en cuestión no están totalmente prohibidas.

¿Qué ocurre con las situaciones en las que la persona que presta los cuidados es un particular, a veces en el propio domicilio de la persona mayor, y no un establecimiento de asistencia? Eso es lo que veremos a continuación.

## VII. EL EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN DE LA POSICIÓN DEL CUIDADOR Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE DISPONER MORTIS CAUSA DE LA PERSONA MAYOR.

De forma muy ilustrativa, Torres García y García Rubio<sup>54</sup> se refieren al siguiente problema relacionado con el tema que nos ocupa: “desde otro punto de vista, una prohibición de suceder para las personas que se han ocupado del cuidado del testador cuando más lo necesitaba choca frontalmente con el legítimo deseo de recompensar a las personas que han tenido actitudes bondosas y generosas con el causante y, en definitiva, supone una restricción muy fuerte a la libertad de testar en sentido negativo”, y añade, “es más, la falta de retribución o retribución insuficiente en vida que muchas veces caracteriza estas formas de cuidado, hace que tampoco sean justas prohibiciones *ex ante* como las previstas en los sistemas jurídicos mencionados, sobre todo si estas no permiten matizar en función de las circunstancias del caso”.

En nuestra opinión, desde una perspectiva un tanto pesimista y objetiva, los establecimientos asistenciales que atienden a personas mayores tienen todo el interés en que estas personas vivan más tiempo, ya que de esta manera recibirán el pago por los servicios prestados durante un período de tiempo más largo. Sin embargo, en estos casos, en los que existe un vínculo contractual que da lugar a un pago vitalicio por los servicios en cuestión, cualquier beneficio adicional atribuido por la persona mayor a uno de los empleados del establecimiento puede dar lugar a sospechas legítimas sobre la existencia de una influencia indebida. Por tanto, al igual que ocurre en el derecho alemán y en el Derecho catalán, en estos casos debe existir una autorización de una autoridad competente (para evitar

54 Cf. TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *La libertad*, cit. pp. 183-184.

que la prohibición de disposición *mortis causa* sea total en relación con estas personas) y también una forma solemne.

El caso en el que la asistencia es proporcionada por particulares plantea mayores dificultades: no sólo porque implica riesgos para la persona mayor atendida, sino también porque no protege la posición de quien cuida, como ya hemos visto<sup>55</sup>. Cabe preguntarse si el problema de proteger a las personas mayores de influencias indebidas deberá abordarse de manera diferente dependiendo de si se trata de cuidados informales o de cuidados prestados en establecimientos de asistencia. Si un beneficio *mortis causa* es una contraprestación por los servicios a prestar, existen ciertos riesgos que existirán en ambas situaciones. Sin embargo, la situación en la que la persona mayor contrata a alguien para que le cuide a cambio de un beneficio sucesorio será la situación que entrañe mayores riesgos, en particular, si estamos ante alguien que la persona mayor no conocía previamente y con quienes no tenía ningún tipo de vínculo, familiar o de amistad. Por el contrario, es natural suponer que la relación familiar entre la persona mayor y su cuidador reduce los riesgos en cuestión, como se desprende del propio art. 2192.2 en la ley portuguesa y del art. 753 CC español. El mayor temor que surgirá de la celebración del pacto sucesorio será su vinculación, porque *pacta sunt servanda*. Pero, como destaca el propio *BVerfG* en el ordenamiento jurídico alemán, la facultad de revocar el testamento no siempre será suficiente para proteger a la persona mayor. La solución a la que se refiere el legislador portugués en la Resolución del Consejo de Ministros 63/2015, pero que aún no se ha aplicado, nos parece bastante incipiente: por un lado, se refiere únicamente a situaciones de prestación de cuidados en establecimientos asistenciales, dejando fuera los cuidados informales, es decir, proporcionados por particulares (v.g. vecinos, amigos, familiares); por otra parte, sólo cubre a las personas en situación de incapacidad, sin añadir nada a otros preceptos del Código Civil que ya regulan esta situación, como los relativos a la incapacidad accidental (art. 2199 CC) y a la usura (art. 282 CC), anteriormente mencionadas. Si bien es positiva la introducción de normas específicas para la situación de los cuidadores, la forma en que se refiere a ellas en la citada resolución es claramente insuficiente<sup>56</sup>.

55 Cf. punto n. 4.

56 La solución del art. 753 CC español también puede ser criticada por una sobreprotección de las personas mayores, que ha llevado a una limitación de la libertad de testar. Sin embargo, este precepto no se aplica a: a) personas que ingresan voluntariamente en una residencia, más que están en condiciones de desarrollar su vida fuera de ella; b) las que asisten durante determinadas horas a los llamados centros de día y, que permiten el seguir residiendo en sus domicilios al finalizar la jornada; c) las ingresadas en un establecimiento público, pero con carácter puntual y con una escasa duración, por ejemplo, quien ingresa en un hospital varios días con motivo de una intervención médica. Así, el "internamiento" requiere de una situación que se mantenga en el tiempo; d) por otro lado, ese ingreso ha de realizarse en un establecimiento público o privado, lo que excluye personas que pasan a residir en la vivienda del cuidador, calificada como domicilio privado [cf. CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *Idibe-Instituto de Derecho Iberoamericano*, 26/06/2022, punto 4.B y 5, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/algunas-reflexiones-articulo-753-cc-tras-la-ley-8-2021/> (consultado el 15/02/2024)].

El legislador suizo admitió claramente un pacto sucesorio oneroso, en el que la prestación de servicios asistenciales se compensa con la realización de un beneficio *mortis causa*. En cambio, la forma no tiene por qué ser solemne si se trata de un establecimiento de asistencia reconocido por el Estado, y que se supone que estas situaciones están más controladas. En la legislación portuguesa, consideramos que la financiación del cuidado de las personas mayores que viven de su pensión de y que son propietarios de la casa donde viven, podría realizarse con beneficios sucesorios a cambio. Sin embargo, considerando todos los riesgos que implica la situación, cuando dichos cuidados son brindados por personas ajenas al círculo familiar o de amistades de estas personas mayores, la persona que recibe el beneficio sucesorio debe costear los cuidados, pero no debe prestarlos por sí misma. Por ejemplo, puede pagar el establecimiento asistencial donde la persona mayor ha ingresado hasta su fallecimiento. De esta manera se pueden mitigar los riesgos en cuestión. Como las disposiciones *mortis casua* del Derecho portugués, el citado pacto sucesorio tendría que celebrarse solemnemente<sup>57</sup>. Queda por ver si la solución debería ser diferente cuando los cuidados a las personas mayores se realizan en establecimientos asistenciales reconocidos por el Estado. Es decir, saber si, como ocurre en la legislación suiza, en estos casos los pagos por servicios de cuidados podrían realizarse directamente a través de prestaciones sucesorias y no indirectamente, como sugerimos en el texto respecto de los pactos sucesorios celebrados con particulares. Tal vez sí. Expresamos algunas dudas respecto a este punto.

Esta cautela con la prestación de cuidados por parte de quienes se beneficiarán en el futuro de fallecimiento de la persona mayor mediante un pacto sucesorio implica que se debe tener especial cuidado con el uso de intermediarios para realizar estos cuidados. De este modo, similar a lo que ocurre en la legislación portuguesa respecto del art. 2192 CC, según lo determina el art. 2198 CC, el pacto sucesorio será nulo si de él resulta que el cuidador de la persona mayor no será la persona designada como legatario, sino su cónyuge o la persona de la que sea presunto heredero. El Derecho portugués también considera persona interpuesta aquella que actúa de conformidad con un acuerdo con el beneficiario de la disposición sucesoria. Por tanto, la conclusión sobre el pacto sucesorio que entendemos puede utilizarse para garantizar el cuidado de las personas mayores es que el beneficiario de la disposición sucesoria realizada por la persona mayor -que normalmente tendrá por objeto la casa donde vive- tendrá ser una persona apta para prestar el cuidado en cuestión, lo que implica que tendría que existir algún mecanismo público de control de las personas candidatas a cuidadores en estas situaciones.

---

57 Recordamos que en Portugal no se admiten los testamentos ológrafos.

## VIII. LOS CONTRATOS ACTUALMENTE EXISTENTES EN EL DERECHO PORTUGUÉS PARA GARANTIZAR EL CUIDADO DE LAS PERSONAS MAYORES: EN PARTICULAR EL CONTRATO ATÍPICO DE ASISTENCIA A CAMBIO DE LA VENTA DE UN INMUEBLE CON RESERVA DE DOMINIO.

Como hemos visto, debido a la prohibición de pactos sucesorios (art. 2028.2 CC), según la legislación portuguesa no es posible celebrar un pacto de este tipo para garantizar el cuidado de una persona mayor. Entonces ¿qué contratos pueden utilizar las personas mayores para garantizar dichos cuidados?

En cuanto a los contratos onerosos, el primer contrato que se podría pensar sería el de renta vitalicia (art. 1238 CC). En este contrato, una persona transfiere a favor de otra una suma de dinero, o cualquier bien, mueble o inmueble, o un derecho, y la segunda se obliga a pagar una determinada cantidad de dinero u otra cosa fungible durante la vida del transmitente, o de un tercero. Esto se diferencia del pacto sucesorio oneroso antes mencionado, en que no se trata fundamentalmente de una prestación de *dare*, sino de *facere*; a esto se añade que lo mismo no se aplica a las transferencias *mortis causa*. Esto significa que no será adecuado para la situación analizada en el texto en la que la persona mayor sólo es propietaria de la casa donde vive y no tiene dinero para pagar los cuidados que necesita.

Por otro lado, se podría pensar en el contrato de alimentos (art. 2014.I CC); sin embargo, esto también resulta insuficiente para el fin perseguido, porque está limitado por el criterio de proporcionalidad que subyace a la cuantificación de la pensión alimenticia. Esto significa que este contrato puede no ser adecuado para garantizar todos los cuidados que una persona mayor necesita. Por otro lado, es un contrato demasiado rígido en sus supuestos para la protección de las personas mayores en los términos antes mencionados.

En cualquier caso, esto no significa que en ejercicio de la autonomía privada las partes no puedan celebrar un contrato atípico con algunos elementos del contrato de alimentos y otros del contrato de renta vitalicia. De hecho, este tipo de contrato es bien conocido y estudiado en Italia. Según la doctrina italiana, este contrato tiene por objeto fundamentalmente la asistencia material, que no sólo incluye la prestación de *dare*, como en la pensión alimenticia en sentido estricto, sino también de *fare*, que incluye la prestación por el cuidador no sólo de alimentos, vestido y alojamiento, sino también de servicios del cuidador que no son fungibles, de modo que el carácter moral y espiritual del contrato tiene mayor peso que su componente material<sup>58</sup>. Según la doctrina y la jurisprudencia italianas,

58 PALAZZO, A.: *Testamento e istituti alternativi*, en AA.VV. (dir. da GUIDO ALPA e SALVATORE PATTI), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Vol I, CEDAM, Padova, 2008, pp. 380-388.

la aleatoriedad subyacente a este contrato permite distinguirlo de una donación. En casos concretos, uno de los aspectos a considerar es si, dado el estado de salud de la persona necesitada de cuidados, estamos ante un contrato oneroso, o un contrato gratuito, en el que es previsible que el fallecimiento se produzca en breve<sup>59-60</sup>.

No hay ninguna razón para que no se acepte este contrato en Portugal, siempre que cumpla las disposiciones imperativas pertinentes. También es posible realizar el contrato de forma que sus efectos sólo se produzcan en el momento del fallecimiento, aproximándose así a un pacto sucesorio oneroso, aunque no caiga en la prohibición respectiva, ya que la muerte no es la causa del acto, sino un mero término para la producción de los efectos jurídicos, teniendo en cuenta que la persona mayor es inmediatamente despojada de sus bienes, quedando únicamente sujeta a plazo la efectividad del acto. Por otro lado, el acto no es libremente revocable -característica de los actos *post mortem* que la doctrina italiana denomina actos *transmorte* y que están amparados por la prohibición de los contratos sucesorios-, ya que, si existe una condición resolutoria, esto no equivale a su libre revocabilidad<sup>61</sup>.

Así, para obtener cuidados de un tercero, una persona mayor puede celebrar un contrato por el cual vende el inmueble en el que vive con reserva de dominio, transfiriéndose la propiedad tras su fallecimiento. La contrapartida sería la prestación de cuidados, no por el comprador de la propiedad, sino por un tercero, designado por la persona mayor, pero cuyos servicios serían pagados por el comprador. El art. 409 CC, suficientemente amplio como para permitir este tipo de contrato, establece que, en los contratos de compraventa, el transmitente puede reservarse la propiedad del bien hasta el cumplimiento total o parcial de las obligaciones de la otra parte, o hasta que se produzca cualquier otro acontecimiento. Si el transmitente puede reservarse la propiedad de la cosa vendida "hasta que se produzca cualquier otro hecho", la propiedad sólo podrá

59 A este respecto, véase la sentencia de la Corte di Cassazione de 10/10/2023, n.º 28329. Disponible en: [https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI\\_VERTICALI/Online/\\_Oggetti\\_Embedded/Documenti/2023/10/11/28329.pdf](https://i2.res.24o.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2023/10/11/28329.pdf) (consultado el 31/01/2024). Teniendo en cuenta los demás requisitos de validez del contrato, las condiciones relativas al pronóstico de las patologías del beneficiario de la asistencia y la falta de una predeterminación inequívoca de la duración posterior de la vida del beneficiario de la asistencia, el tribunal concluye que no existe una desproporción entre las prestaciones que afecte a la validez del propio contrato.

60 En una sentencia de 11/12/1995, el Tribunal de Casación italiano analizó un contrato en el que, correspondiendo a la cesión de la nuda propiedad de un piso, una de las partes se comprometía a prestar al vendedor con la reserva del usufructo del piso, todos los servicios y la asistencia necesarios durante toda su vida y se comprometía también a dejar su ocupación profesional en el plazo de un mes para dedicarse exclusivamente a la asistencia en cuestión. El tribunal señala que, en la resolución anulada, el tribunal recurrido no tuvo en cuenta el componente espiritual y moral del contrato, que era el más importante, y se centró únicamente en el incumplimiento de dejar la actividad profesional del cuidador para considerar que había incumplimiento de contrato. Añadió también que el principal aspecto que distingue este contrato de asistencia de una renta vitalicia es el carácter *intuitus personae* del primero. (cf. *Rivista del Notariato*, núm. 1-2, 1996, pp. 234-237).

61 Cf. MORAIS, D. B. R. S.: *Autodeterminação*, cit., pp. 556-559; y PALAZZO, A.: *Testamento*, cit., p. 386.

transmitirse en el momento de su fallecimiento, cuando finalice la asistencia y cuidados que debe prestar. Este contrato es especialmente adecuado para las personas mayores que son propietarias de un inmueble en el que viven, pero no tienen dinero suficiente para pagar los servicios de asistencia. Una vez firmado el contrato, la persona mayor se convierte en propietaria temporal, ya que su fallecimiento constituiría una fecha límite para transferir la propiedad a su cuidador. La persona mayor podrá transferir el inmueble como propietario temporal, siempre y cuando encuentre un comprador interesado<sup>62</sup>.

En cuanto a los contratos gratuitos, se puede pensar en la donación modal. En general, la utilización de una donación en vida con el fin de obtener cuidados para una persona mayor siempre tiene el inconveniente de que la persona mayor queda inmediatamente privada de sus bienes, lo que le confiere menos protección. En la donación modal (art. 963 CC), el donatario está obligado a cumplir una o más prestaciones en interés del donante o de un tercero, aunque esto no sea una contraprestación de la atribución patrimonial que se le hace. Por el contrario, estamos antes una mera limitación de esta atribución.

Si el donatario incumple la obligación, puede darse la resolución de la donación por el donante o sus herederos, siempre que este derecho les esté concedido (art. 966 CC). Sin embargo, no siempre el donante es consciente de la necesidad de estipular en el propio contrato la posibilidad de resolver la donación y aunque en este caso, tratándose de obtener cuidados de una persona mayor, se debe asumir que este cargo es imprescindible para la donación que se debe hacer, ésta no es la solución legislativa. Por otro lado, la resolución de la donación modal la hace el tribunal, lo que resulta claramente perjudicial en el contexto de protección de las personas mayores. Finalmente, la situación en la que una persona mayor necesita cuidados y no tiene dinero para pagarlos, aunque sea propietario de la casa donde vive, lo que busca es celebrar un contrato oneroso y no tiene sentido que se vea obligada a recurrir a un contrato gratuito sólo por la prohibición de los contratos sucesorios. Nos enfrentamos a intereses legítimos que justifican una mayor apertura por parte del legislador.

62 El Tribunal de Casación italiano consideró válido un contrato similar a éste, en sentencia del 11/11/1988, *Rivista del Notariato*, núm. 4, 1989, pp. 647-651. Por escritura notarial de 5 de mayo de 1979, el prof. Roger Louis Tillard cedió a los Sres. Bruno Marchiani y Luisa Giorgetti, en concepto de renta vitalicia, la nuda propiedad de un apartamento y el mobiliario del mismo, y el citado matrimonio, como contrapartida, se comprometió a pagar al Sr. y a la Sra. Tillard, además de su manutención -incluidos alimentos, alojamiento y ropa- el alojamiento en una casa de campo en Macerata y, entre otras cosas, todos los cuidados y asistencia, incluido el transporte en coche a ciudades de Italia, Francia o Suiza, para proporcionarles cualquier cuidado y asistencia médica -todo ello a sus expensas- y alojar a los parientes o amigos de Tillard en caso de enfermedad. También se estipulaba en la escritura que, en caso de incumplimiento o cumplimiento inadecuado de esos servicios, se rescindiría el contrato. A continuación, en otra escritura privada de la misma fecha, las partes antes mencionadas acordaron, modificando parcialmente lo convenido en la escritura pública, que la cesión de dichos bienes sólo sería válida tras el fallecimiento de Tillard quien, en caso de absoluta necesidad o necesidad, podría vender la totalidad o parte de los bienes objeto de la renta vitalicia. En tal caso, los citados cónyuges habrían tenido derecho a la parte residual o, en todo caso, a una compensación adecuada por los servicios prestados.



También vimos las dificultades que resultan del uso del testamento para obtener cuidados, en primer lugar, en lo que respecta a la protección de la posición del cuidador<sup>63</sup>. En este caso, el cuidado de una persona mayor podrá ser condición o carga del legado testamentario. Al igual que en la legislación gallega, el Derecho portugués también admite la validez de una disposición testamentaria a favor de la persona incierta si ésta puede llegar a ser cierta de algún modo (art. 2185 CC). Por tanto, aunque la ley no lo diga expresamente, es válida la disposición testamentaria a favor de quien cuida del testador hasta su muerte. Se trata de un tipo de disposición testamentaria que plantea varias dificultades en el Derecho portugués, en particular, las relacionadas con la determinación de la persona que efectivamente se hizo cargo del testador<sup>64</sup>.

A este respecto, los tribunales portugueses ya han decidido que, si el testador fuese institucionalizado a consecuencia de las graves patologías incapacitantes que le afectaban, asumiendo el coste respectivo con su pensión, y sólo se diera la práctica ocasional y secundaria de actos de asistencia y ayuda, tal condición de cuidado del testador no debe considerarse verificada<sup>65</sup>. Estos tribunales también decidieron que debe entenderse que, si el testador establece como su heredero a "la persona que lo atiende y cuida hace más de tres meses", no puede reconocerse la condición de herederos testamentarios a quienes no hayan realizado actos de apoyo, tratamiento o cuidado mínimamente significativos, y se limitaban prácticamente a unas pocas visitas a la residencia de personas mayores donde se encontraba internado el causante, sin asumir costo alguno<sup>66</sup>.

## IX. CONCLUSIONES.

Ante los cambios sociales que está experimentando la sociedad europea y, en particular, la sociedad portuguesa actual, y debido al desafío que supone poder garantizar el cuidado de las personas mayores cuando cada vez hay menos cuidadores disponibles en el seno de la familia, se hace evidente que la existencia de contratos capaces de garantizar este propósito debería ser una preocupación para el legislador actual. Si bien los viejos dogmas relacionados con la idea de libertad de disposición *mortis causa* y la prohibición de pactos sucesorios pueden tener una justificación en general, en lo que respecta a la prestación de cuidados a personas mayores, debería permitirse un pacto sucesorio oneroso con este fin. Las otras alternativas existentes resultan insuficientes. Sin embargo, existen algunos contratos diseñados para garantizar que las personas mayores puedan costear los cuidados que necesitan. Si la hipoteca inversa -que no existe en el

63 Cf. el punto n. 4 e TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: *La libertad*, cit., pp. 191-193.

64 Cf. MORAIS, D.: *Direito Sucessório-Apontamentos*, cit., pp. 76-77.

65 Como se desprende de la sentencia del STJ de 10/09/2015, Asunto n.º 2695/06.2TBVLG.PI.SI, Ponente – Lopes do Rego. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 29/01/2024).

66 Cf. la sentencia del STJ de 2/11/2017, Asunto n. 362/11.4TJPRT.PI.SI, Ponente – Salazar Casanova.

Derecho portugués- suscita algunas reservas, ya que representa el uso de un crédito por parte de una persona mayor, parece más prometedora la posibilidad de recurrir a un contrato de asistencia atípico con la atribución de un inmueble con reserva de dominio como contraprestación. Al tratarse de un contrato atípico, a este contrato se podrían aplicar las normas relativas al contrato de alimentos y al contrato de renta vitalicia. Sin embargo, tal como ocurre en las hipotecas inversas, sin ninguna disposición legal que lo prevea ni incentivo público para su utilización, es muy dudoso que las personas mayores, que tienden a ser conservadoras y prudentes – como es el caso de la sociedad portuguesa – se sientan seguras a la hora de recurrir a un contrato de esta naturaleza. Por tanto, sería necesario introducir en el Derecho portugués un pacto sucesorio oneroso, tal como lo hemos definido en el texto, para resolver este desafío de garantizar la financiación de cuidados de las personas mayores de la mejor manera<sup>67</sup>.

En cuanto al problema de la influencia indebida del cuidador en la voluntad de la persona mayor, hemos intentado proponer soluciones a las que puede estar atento el legislador portugués. Tomemos, por ejemplo, la situación muy común de Antonio, de 83 años, que fue embajador y que se encuentra en una situación de debilidad, manifestada por signos de debilidad física y mental que lo llevan a olvidar cosas, personas o lugares, necesitando la ayuda de terceros para la gestión de su persona y su patrimonio. Imaginemos que Antonio, sin tener herederos legitimarios, contrata a alguien para que lo ayude y lo cuide diariamente y que, poco después de que el cuidador comience a brindarle estos cuidados, António revoca su testamento anterior a favor de sus sobrinos y establece a su cuidador como heredero universal y lo constituye como su procurador. Así, desde la perspectiva de los sobrinos y de los amigos de António, sustraídos de la sucesión, estaríamos ante la conocida “estafa del baúl”, contra una persona mayor rica, por parte del cuidador, engañándolo y convenciéndolo para dejarle toda su fortuna en testamento, dejando sin nada los familiares y amigos más cercanos del fallecido<sup>68</sup>.

Es en este conflicto entre los parientes del testador (normalmente sobrinos) y sus cuidadores donde reside el quid de la cuestión. Ser mayor no es una enfermedad, y la edad por sí sola no significa que una persona no tenga capacidad de entender y querer. E incluso puede llegar un momento en que, a pesar de estar físicamente frágil e incluso olvidadiza, todavía esté en posesión suficiente de sus facultades mentales para saber lo que quiere. Ya tenga 80 o 90 años. ¿Y por qué no puede utilizar su herencia para recibir cuidados? Por supuesto, en estas

67 Fue con esta preocupación que, en Italia, en 2018, el *Consiglio Nazionale del Notariato* hizo el Guía para el ciudadano con el tema: “La terza età – strumenti patrimoniali, opportunità e tutela” en lo que se presentan a las personas mayores, en términos sencillos, los distintos contratos que pueden utilizar para garantizar la financiación de los cuidados. Disponible en: <https://notariato.it/trova-guide/> (consulta el 30/01/2024), Italia es uno de los países con población más envejecida de Europa, al igual que Portugal.

68 Una situación semejante fue analizada en la sentencia del STJ de 7/07/2010 Asunto n.º 337/07.8TBFUC.S1, Ponente – Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Disponible en: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (consultado el 1/02/2024).

situaciones la posibilidad de revocar el testamento más adelante no siempre es real: basta pensar que el cuidador tendría que acompañar al testador al notario si éste es frágil y puede negarse a hacerlo. En cualquier caso, se trata de situaciones que requieren especial atención y control, como en el uso de un pacto sucesorio oneroso y para las cuales proponemos soluciones.

## BIBLIOGRAFÍA

ACTAS DA COMISSÃO REVISORA DO ANTEPROJETO DO DIREITO DAS SUCESSÕES DO FUTURO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS (separata del *Boletim do Ministério da Justiça*, vol. 133, 1964.

ARIÈS, P.: *Essais sur l'histoire de la mort en Occident. Du Moyen Age à nos jours*, Éditions du Seuil, Paris, 1975 (traducción al portuguêis por PRISCILA VIANNA DE SIQUEIRA: *História da morte no Ocidente: da Idade Média aos nossos dias*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1977.

BENGSTON, V. L. & ROBERTS, R. E. L.: "Intergenerational solidarity in aging families: an example of formal construction theory", *Journal of Marriage and Family*, vol. 53, 1991.

BRITTINGHAM, S.: "Aging out of place: the toll of reverse mortgages and how to fix the program", *The Elder Law Journal*, vol. 29, núm. 1, 2021.

BROWN, S. L. & LIN, I. F.: "The gray divorce revolution: rising divorce among middle-aged and older adults, 1990-2010", *Journals of Gerontology Series B: Psychological Sciences and Social Sciences*, vol. 71, núm. 2, 2016.

CARRIÓN VIDAL, A.: "Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021", *IDIBE-Instituto de Derecho Iberoamericano*, 26/06/2022, disponible en: <https://idibe.org/tribuna/algunas-reflexiones-articulo-753-cc-tras-la-ley-8-2021/> (consultado el 15/02/2024).

DE GIORGI, M. V.: *I patti sulle successioni future*, Jovene, Napoli, 1976.

DEL POZO GARCÍA, E., DÍAZ MARTÍNEZ, Z. y FERNÁNDEZ SEVILLA, L.: "La hipoteca inversa en España: un estudio comparativo con otros países de la Unión Europea y EEUU", *Revista Universitaria Europea*, núm. 15, 2011.

FIDALGO, V. P.: "A tutela do idoso no Direito da Família", en AA.VV.: *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020.

HENRIQUES, S.: "Anotación al art. 2194", en AA.VV., *Código Civil anotado-Livro V: Direito das Sucessões* (CRISTINA ARAÚJO DIAS coord.), 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.

HEYLEN, L., MORTELMANS, D. & KNAEPS, J.: "Sociological perspectives on changing family constellations and intergenerational support in ageing societies", en AA.VV., *Elderly Care and Upwards Solidarity – Historical, Sociological and Legal Perspectives*

(eds. ELISABETH A. & WENDY SCHRAMA), Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2020.

LEITÃO, L. M.:

- *Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2021.
- *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005.

MANCINI, S. B. & WILLIAMSON, O.: "Reversing course: stemming the tide of reverse mortgage foreclosures through effective servicing and loss mitigation", *The Elder Law Journal*, vol. 26, núm. 1, 2018.

MARQUES, J. P. R.: "Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português. Obrigação de alimentos e segurança social", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 83, 2007.

MORAIS, D. B. R. S.:

- "A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre as gerações", em *Direito das Sucessões e Direito da Família: eternas questões, respostas atuais* (organização DANIEL MORAIS), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2023.
- "As garantias de autonomia de expressão da vontade do idoso: quando os idosos casam e quando testam", em AA.VV., *Direito e Direitos dos Idosos* (coord. por CARLA AMADO GOMES e ANA F. NEVES), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2020.
- *Audoterminação sucessória: por testamento ou por contrato?*, Princípiã, Cascais, 2016.
- *Direito Sucessório-Apontamentos: introdução e estática sucessória*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2019.
- "Direito Sucessório e a proteção das pessoas idosas", *Lex Familiae*, vol. 15, núm. 31, 2019.

OLIVEIRA, G. DE: "O testamento—apontamentos", em *Temas de Direito da Família*, vol. I (ed. GUILHERME DE OLIVEIRA), 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra.

PALAZZO, A.: *Testamento e istituti alternativi*, em AA. VV. (dir. da GUIDO ALPA e SALVATORE PATTI), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Vol I, CEDAM, Padova, 2008.

PINHEIRO, J. D.: *O Direito das Sucessões contemporâneo*, 5.<sup>a</sup> ed., Gestlegal, Coimbra, 2022.

PITSTRA, F.: "Historical perspectives on ageing: "Old people and things that pass"", en AA.VV.: *Elderly Care and Upwards Solidarity – Historical, Sociological and Legal Perspectives* (eds. ELISABETH ALOFS & WENDY SCHRAMA), Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2020.

SILVERSTEIN, M. & BENGSTON, V. L.: "Intergenerational solidarity and the structure of adult child-parent relationships in American families", *American Journal of Sociology*, vol. 103, núm. 2, 1997.

SOUSA, R. C. DE: *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

TORRES GARCÍA, TEODORA F. / GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en Derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

VÍTOR, P. T.: "O dever familiar de cuidar dos mais velhos", *Lex Familiae*, vol. 5, núm. 10, 2008.



LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR  
INCUMPLIMIENTO EN COLOMBIA. NUEVAS  
TENDENCIAS EN EL DERECHO PRIVADO

*THE RESOLUTION OF THE CONTRACT FOR BREACH IN  
COLOMBIA. NEW TRENDS IN PRIVATE LAW*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 296-333*



Emmanuel  
Guillermo  
CARREÑO  
BERNAL

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 28 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Este artículo tiene por objeto elucidar aspectos relevantes en torno a la resolución del contrato en Colombia, específicamente exponer la legislación nacional pertinente, así como la opinión de la doctrina y la jurisprudencia, haciendo énfasis en las interpretaciones de la legislación de la resolución contractual, para finalizar con una reflexión del tema en diferentes instrumentos de derecho internacional y de cuál es la interpretación moderna que se debe dar a la resolución unilateral del contrato, en aras de dar celeridad a los negocios, cumplir con la finalidad económica del contrato y descongestionar el sistema judicial en Colombia.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato; resolución unilateral; terminación unilateral; incumplimiento contractual.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to elucidate relevant aspects the resolution of the contract in Colombia, specifically to highlight the relevant national legislation, as well as the opinion of the doctrine and jurisprudence, emphasizing the interpretations of the contract resolution legislation, ending with a reflection on the subject in different instruments of international law and what modern interpretation should be given to the unilateral resolution of the contract, in order to speed up business, fulfill the economic purpose of the contract and free up the justice system in Colombia.*

**KEY WORDS:** *Contract; unilateral resolution; unilateral termination; contractual breach.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN COLOMBIA POR INCUMPLIMIENTO.- 1. Aproximación conceptual.- A) *La terminación y resolución contractual.*- B) *Distinción entre resolución contractual y terminación unilateral.*- 2. Fuentes de la ruptura unilateral por incumplimiento.- A) *La ley.*- B) *El contrato.*- 3. Aplicabilidad en materia civil y mercantil.- 4. Posibilidad de acudir ante el juez posterior a la resolución unilateral.- III. TENDENCIAS MODERNAS EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.- 1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.- A) *Generalidades.*- B) *La resolución en la Convención de Viena.*- 2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.- A) *Generalidades.*- B) *La resolución en los Principios UNIDROIT.*- 3. Principios del Derecho Europeo de Contratos.- A) *Generalidades.*- B) *La resolución en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.*- 4. Marco Común de Referencia para el Derecho privado.- A) *Generalidades.*- B) *Resolución contractual.*- IV. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La presente investigación tiene como objeto exponer los principales aspectos en torno a la resolución del contrato en Colombia, puntualmente los referentes a la resolución unilateral del contrato por incumplimiento. Para llevar a cabo el objeto propuesto, se realizará una exposición crítica de la legislación colombiana, en torno a la posibilidad que tiene una de las partes de un contrato de derecho privado en Colombia, para terminar unilateralmente la relación contractual con la sola manifestación de la voluntad, ante el incumplimiento contractual de su contraparte, sin que por ello se genere ninguna consecuencia negativa o permita a su contraparte contractual invocar exitosamente una pretensión por incumplimiento.

Para estos efectos se expondrá la normatividad de la resolución contractual, contenida en el Código Civil y el Código de Comercio colombianos, normatividad vigente que reglamenta la teoría general del contrato y las obligaciones; en la cual no se regula, o al menos no con suficiente claridad, el tema de la resolución unilateral de los contratos, específicamente, no se regula con precisión si se permite a una de las partes dar por terminado el contrato de forma unilateral, o si por el contrario es imperativo acudir ante el Estado, concretamente ante un juez de la república para que por medio de una sentencia declare incumplido y resuelto el contrato en cuestión.

Se presentará en varios momentos cual ha sido la posición de la doctrina mayoritaria en Colombia, no obstante, desde ya se expone que es contraria a la postura que se asume en el presente trabajo; puesto que tradicionalmente, como

• **Emmanuel Guillermo Carreño Bernal**

Socio de la Firma Servibienes, Consultores y Asesores SAS. Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Magister en Derecho, Empresa y Justicia y Candidato al título de Doctor en Derecho Ciencia Política y Criminología de la Universitat de València.  
Correo electrónico: emanuelgcb@hotmail.com.

se expondrá, se ha planteado que la resolución por incumplimiento se ejerce vía judicial, descartando de plano la posibilidad de que por regla general una parte en el contrato ante el incumplimiento de su homólogo pueda legítimamente resolver el contrato por incumplimiento.

Por otra parte, se expondrá que esta cuestión parece resuelta ya en algunos de los instrumentos más representativos a nivel mundial en materia de contratación internacional, que a su vez son referentes de leyes modelo en muchos países de Europa y del mundo entero. Puntualmente se hará referencia a los siguientes instrumentos:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
- Los Principios del Derecho Europeos de Contratos.
- El Marco Común de Referencia Europeo.

Dentro de la exposición de cada uno de estos instrumentos, se hará precisa mención a que en todos y cada uno de ellos, se permite y habilita la resolución unilateral del contrato por incumplimiento, sin necesidad de acudir a un juez o tribunal.

Por otra parte, se desarrollará en el aparte relativo a cada uno de estos instrumentos, las particularidades y características generales de cada cual, para seguidamente desarrollar la forma en cómo se expone en cada uno de los instrumentos la resolución contractual.

El trabajo se consumará, haciendo una exposición de las conclusiones a las que se llegó con la investigación realizada.

En síntesis, de lo anteriormente expuesto, como así también del propio título del presente trabajo, podemos concluir que la presente investigación se centrará básicamente, en exponer el *statu quo* de la resolución por incumplimiento en Colombia, así como las tendencias modernas frente al tema. Principalmente, se tratará de responder si: ¿es posible la resolución unilateral del contrato en Colombia?

Por otra parte, aclaramos que a diferencia de la mayoría de autores que ha abarcado este tema referente a la resolución contractual, no centraremos la atención de este estudio en hacer un análisis de fuentes de la tradición jurídica del *Civil Law*, limitándonos a hacer un estudio alejado de lo que está pasando

en el mundo occidental y desprendiéndonos de las tendencias modernas en la materia, las cuales han llevado por razones prácticas y de conveniencia económica, al abandono de la necesidad de acudir a la justicia estatal para que se declare el cumplimiento y posterior resolución del contrato; más aún en países como Colombia en la cual existe una angustiosa necesidad de implementación de mecanismos e instituciones que permitan el ejercicio de la resolución de conflictos de forma extrajudicial que ayuden a la urgente necesidad de descongestión de la justicia.

La anterior aclaración se realiza, en ocasión a que la mayor parte de la doctrina nacional, como se expondrá en su momento, se opone sistemáticamente a la incorporación por simple interpretación de la norma de la resolución unilateral por incumplimiento, la cual como ya se ha manifestado no prohíbe expresamente la terminación del contrato de forma unilateral, alejándose con estas interpretaciones a las tendencias modernas que sustentan la resolución unilateral en postulados económicos y de eficiencia, con el fin no solo de modernizar la legislación Colombiana, sino de mejorar el tráfico normal de los negocios, ayudando de paso con esto a la descongestión de la justicia y respondiendo de mejor manera a los tiempos de los negocios.

Por último, consideramos relevante advertir que, en el presente escrito, se utilizará principalmente una metodología científica comparativa, consistente en la equiparación de instituciones jurídicas a efectos de trasladar o exportar las medidas que hayan acreditado su bondad o efectividad en un lugar dado<sup>1</sup>. En el caso en concreto, se comparará la legislación colombiana, con los instrumentos de derecho internacional mencionados, exponiendo sus virtudes y bondades. Sin perjuicio de lo expuesto, la metodología crítica no estará ausente en la investigación, puesto que se expondrá la opinión personal del autor, con el fin de que el trabajo pueda constituir un aporte más para inspirar la modificación doctrinal respecto al tema de la resolución contractual por incumplimiento en Colombia, ante la falta de voluntad legislativa de modernizar la legislación de derecho privado en Colombia.

## II. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN COLOMBIA POR INCUMPLIMIENTO

### I. Aproximación conceptual.

#### A) *La terminación y resolución contractual.*

Como es apenas obvio, el fin de los contratos es nacer para ser cumplidos, de ahí que uno de los principios estructurales del derecho de contratos y tal vez

---

1 FERNÁNDEZ RUIZ, J.: *El Estado Empresario*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982, p. 28.

el más importante de ellos es el denominado, *pacta sunt servanda* o principio de la intangibilidad de la relación negocial, constitutivo de los pilares del derecho privado, el cual se encuentra cimentado sobre la base del poder de la voluntad, en el cual las partes son libres para darse sus propias reglas de conducta, de ahí la derivación de famosas expresiones tales como “Los contratos se celebran para cumplirlos”, “Todo aquel que compromete su palabra debe honrarla”, “los compromisos asumidos no puede eludirse ni desconocerse”<sup>2</sup>, “el contrato es ley para las partes”, “el contrato tiene fuerza de ley para quienes lo celebraron”, entre muchas otras.

La legislación colombiana ha adoptado este principio en su legislación positiva, desarrollándolo y haciéndolo vinculante, por ello el legislador lo tipificó en el art. 1.602 CC de la siguiente manera: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De este art. 1.602 se evidencia claramente la fuerza obligatoria del contrato, donde se le da el carácter de ley entre las partes, las cuales deben ejecutar su contenido de forma íntegra, efectiva y oportuna, sancionando su falta de ejecución, ejecución tardía o defectuosa<sup>3</sup>.

Otra consecuencia derivada de la fuerza obligatoria del contrato es la imposibilidad de las partes de desvincularse de manera válida y sin consecuencia jurídica alguna de la relación contractual con su sola manifestación, o lo que es lo mismo, desistir del contrato unilateralmente, ya que, de permitir esta conducta, se estaría desconociendo el principio visto, creando una inseguridad en el ordenamiento jurídico y rompiendo la noción del contrato que conocemos<sup>4</sup>.

No obstante lo expuesto, debemos preguntarnos ¿qué pasa con este principio cuando es vulnerado por una de las partes?, es decir, el contrato nació para ser cumplido, pero una de las partes desconoció este principio y no cumplió con lo pactado, deshonrando su palabra.

La respuesta la trae el mismo legislador, el cual, por medio de la denominada condición resolutoria tácita, prevista en el art. 1.546 CC y regulada en forma muy similar en el art. 871 CCom. donde se faculta a que, en presencia de un contrato bilateral, donde uno de los contratantes incumple sus prestaciones, a

2 RODRIGUEZ GREZ, P.: “Pacta sunt servanda”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm 18, 2008, p. 107.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b.; Sentencia del 30 de enero de 2013, Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217). Consejero Ponente: ROJAS BETANCOURTH, D. Bogotá D. C.

4 BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F.: “Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el Derecho privado colombiano”, en AA.VV., *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por GAITÁN MARTÍNEZ, J. A. y MANTILLA ESPINOSA, F.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 366.

que el otro contratante pueda a su arbitrio solicitar la ejecución forzada de la obligación incumplida o la resolución del contrato, en ambos casos junto con la indemnización de perjuicios.

Para la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, se volvió un hecho el asumir que para el ejercicio de cualquiera de las facultades del art. 1.546 CC y del 870 CCom. se debe acudir ante el juez, y que no le es dable a las partes unilateralmente ejercer estas facultades<sup>5</sup>.

Esta interpretación cobró fuerza, debido principalmente a la redacción de los dos artículos reguladores de la condición resolutoria tácita, el legislador establece la posibilidad a la parte cumplida del contrato de “pedir a su arbitrio” la ejecución forzada de la obligación incumplida o la resolución del contrato, entendiendo los partidarios de esta doctrina que dicha solicitud única y exclusivamente se puede formular ante un juez<sup>6</sup>.

Ha sido tan contraria la postura de la doctrina y la jurisprudencia a la facultad extrajudicial de la resolución, que se ha sostenido que la resolución por decisión unilateral del acreedor ante el incumplimiento de su contraparte se realiza a riesgo de este, sobre la base de que se constituye un incumplimiento grave al contrato y quien la ejerce debe asumir las consecuencias de sus decisiones<sup>7</sup>.

El art. 1.546 CC establece que “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Por su parte el art. 870 CCom. de forma muy similar, establece que “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

Como se puede observar, los artículos están redactados de forma muy similar, donde en la redacción del Código de Comercio a diferencia del Código Civil se

5 *Ibidem*, CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, 6ª ed., Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2013; HINESTROSA FORERO, F.: “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, 2016; OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1999; SANABRIA GÓMEZ, A.: “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV.: *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por GAITÁN MARTÍNEZ, J. A. y MANTILLA ESPINOSA, F.), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007; VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, 10ª ed., Temis, Bogotá D.C., 2015. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 1955. Magistrado Ponente: BARRERA PARRA, M., LXXX.

6 MOLINA MORALES, R.: “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 17, 2009, p. 78.

7 HINESTROSA FORERO, F.: *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 952 y 953.

exige la mora de una de las partes, pero brilla por su ausencia en ambos casos cualquier referencia a una solicitud judicial, por el contrario solo se hace referencia a que el contratante cumplido “debe pedir” o “pedir a su arbitrio” la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios; facultad que no necesariamente conlleva a suponer que se debe pedir al juez, puesto que también puede significar la facultad que otorga el legislador al acreedor por optar por la resolución del contrato o su cumplimiento, la primera de ellas judicial o extrajudicial y la segunda si ante el juez.

A esta conclusión se puede llegar, por un lado, porque la facultad de obligar al cumplimiento de una obligación necesariamente supone la intervención de un juez, mientras que la posibilidad de poner fin a un contrato no presupone la intervención de un juez, más aún cuando estos mismos códigos facultan en diversos contratos la facultad de su ruptura unilateral o extrajudicial en caso de incumplimiento<sup>8</sup>, como se detallara más adelante.

#### *B) Distinción entre resolución contractual y terminación unilateral.*

La legislación colombiana no es muy clara al hacer alusión a los conceptos establecidos en los artículos reguladores de la condición resolutoria tácita, específicamente nos referimos a los términos resolución contractual y terminación unilateral, los cuales, se usan de manera indistinta en varios artículos del Código Civil y Código de Comercio, sin que exista definición legal para dichos términos.

El art. 1.546 CC habla de resolución del contrato mientras que el art. 870 CCom. se refiere a resolución o terminación de este, es por ello que vale la pena preguntarnos, si existe diferenciación entre estas figuras o si por el contrario se trata de fenómenos iguales.

Como se expuso, la legislación Colombiana no trae definición de estos conceptos, por ello ha sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de definirlos y diferenciarlos, es así que cuando hacemos referencia al término resolución, cuyo significado es destruir o disolver un contrato con posterioridad a su formación, hacemos referencia a la destrucción de un contrato por el evento de una condición resolutoria cumplida ya sea expresa o tácita, o también del mutuo disenso de las partes en un contrato, eso sí antes de que finalicen las obligaciones nacidas del mismo<sup>9</sup>.

Tratándose de los denominados contratos de ejecución instantánea, la resolución del contrato tendrá como efecto la cesación de los efectos del contrato

---

8 *Ibidem.*

9 CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, cit., pp. 36- 40.

hacia el pasado y hacia el futuro, es decir retroactivamente (*ex nunc*) haciendo volver las cosas a su estado anterior, como si el contrato nunca hubiera existido.

No obstante, hay negocios jurídicos inmunes a ser destruidos retroactivamente, tal es el caso de los denominados contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo, donde no se puede destruir los efectos del contrato retroactivamente, puesto que no es posible borrar en el pasado los efectos ya producidos, es por ello, que en estos contratos la resolución toma el nombre de terminación, cuyos efectos en el contrato obrarán hacia el futuro (*ex nunc*), no para el pasado<sup>10</sup>.

En conclusión, la resolución es la cesación de los efectos del contrato con efecto retroactivo (*ex nunc*) donde se extingue hacia el pasado cualquier efecto del contrato, llámese derecho u obligación desde su nacimiento, hasta su resolución, volviendo las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse, mientras que la terminación es una especie de resolución del contrato sin efectos retroactivos (*ex tunc*), es decir, en la terminación el contrato pierde fuerza hacia el futuro, no obstante quedan en pie los efectos que surtió el contrato hasta la fecha en que opera la terminación del contrato, durante la existencia del contrato nacieron derechos y obligaciones que deben respetarse, dejando sin efecto tan solo aquellas obligaciones o derechos que se deriven hacia el futuro, desde el momento en que operó la terminación<sup>11</sup>.

## 2. Fuentes de la ruptura unilateral por incumplimiento.

Como ya lo hemos sostenido anteriormente, los códigos de derecho privado colombianos<sup>12</sup>, permiten terminar unilateralmente el contrato en casos de incumplimiento, postura que como también se ha explicado, va en contra de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria del país.

Sin embargo, hay casos donde no ha sido tan controversial la postura, que ante presencia de incumplimiento contractual de una de las partes, la parte cumplida puede terminar el contrato unilateralmente sin que esta terminación necesite ser avalada por el juez. Esta postural además ha sido sostenida de forma casi uniformemente por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional<sup>13</sup>, nos

10 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, cit., pp. 170-171.

11 CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, cit., p. 40.

12 Entiéndase por códigos de derecho privado en Colombia el Código Civil y el Código de Comercio.

13 CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, cit.; MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F.: "La resolución de los contratos en el derecho colombiano", cit., pp. 64-70; HINESTROSA FORERO, F.: "Tutela del acreedor frente al deudor incumplido", cit., pp. 77-105; OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, cit.; SANABRIA GÓMEZ, A.: "La resolución en el derecho colombiano", cit.; VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, cit. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 1955. Magistrado Ponente: BARRERA PARRA, M., LXXX.



referimos puntualmente a dos casos; el primero en el cual las partes en virtud de la autonomía voluntad privada pactan en el clausulado contractual la posibilidad que ante el incumplimiento de alguno, se faculta al otro de dar por terminado el contrato y en segundo lugar el caso de ciertos contratos en los cuales el legislador expresamente le ha dado la facultad de terminación al contratante cumplido.

En concordancia con lo expuesto, a continuación se expondrán las fuentes de terminación unilateral por incumplimiento, en las cuales, por expresa disposición del legislador o de las partes mismas no es necesaria la intervención del juez.

A) *La ley.*

Como se dijo, el principio cimentador del contrato es el *pacta sunt servanda*, tipificado por el legislador colombiano en el art. 1.602 CC, donde se establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Es así que el legislador expresamente facultó a las partes a invalidar de mutuo acuerdo sus contratos, sin embargo, estableció algo también apenas obvio, lo cual es que el contrato puede ser invalidado a su vez por disposición del mismo legislador, o lo que es lo mismo por causa de la ley.

Del art. 1.602 CC anteriormente transcrito podemos desprender dos causales de terminación del contrato, la voluntad conjunta de las partes o consentimiento y las causas de invalidez que establezca el legislador. A continuación, algunos ejemplos de contratos en los cuales el legislador faculta a la parte cumplida a dar por terminada unilateralmente la relación contractual, por lo cual son nominadas comúnmente por la doctrina como “excepciones a la terminación judicial de los contratos”<sup>14</sup>, excepciones que se encuentran tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio:

- Contrato de compraventa civil y comercial: art. 1.882 CC y 918 CCom.
- Contrato de arrendamiento de cosas: arts. 1.983 y 1.984 del CC.
- Contrato de suministro: art. 973 CCom.
- Agencia comercia: art. 1.325 CCom.

---

14 La doctrina califica como *excepciones a la terminación judicial de los contratos*, a cualquier tipificación legal que permita terminar unilateralmente el contrato por cualquiera de los contratantes sin necesidad de acudir al juez, pues como se expuso, en Colombia la Doctrina de manera casi unánime sostiene que la parte cumplida del contrato que pretenda terminar unilateralmente el contrato debe solicitarlo a las autoridades judiciales respectivas. MOLINA MORALES, R.: “La terminación unilateral del contrato por incumplimiento”, cit., p. 81; MOLINA MORALES, R.: “La terminación unilateral del contrato ad nutum”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 2006, pp. 125-158.

- Mandato: arts. 2.191, 2.193 CC y art. 1.279 CCom.

- Contrato de comisión y preposición: arts. 1.279, 1.283 y 1.286, por expresa remisión del art. 1.308 CCom. al contrato de preposición, por ser estos contratos especies de mandato<sup>15</sup>.

#### B) *El contrato.*

Otra de las formas de terminación unilateral del contrato ante el incumplimiento de una de las partes es el contrato mismo, donde las partes haciendo uso de la autonomía de su voluntad, prevén de forma anticipada la eventual posibilidad del incumplimiento por uno de los contratantes, acordando en el clausulado que ante este eventual incumplimiento se faculta a la parte cumplida a dar por terminado el contrato.

Las cláusulas de terminación unilateral son comúnmente conocidas en la doctrina y la jurisprudencia como cláusulas resolutorias o cláusulas resolutorias expresas, diferenciándose de la ya vista cláusula resolutoria tácita regulada en el art. 1.546 CC, en que no se encuentra incorporada de pleno derecho en el clausulado contractual, sino que se predica su existencia exclusivamente cuando es incorporada por las partes en el contrato.

La denominación “cláusula resolutoria” es la más acertada para referirnos a contratos de tracto sucesivo como de resolución instantánea, puesto que como se expuso en la diferenciación entre resolución contractual y terminación unilateral, el termino resolución es un término genérico que abarca tanto la terminación unilateral del contrato como la resolución del mismo<sup>16</sup>.

También es importante hacer referencia al “pacto comisorio”, el cual es una especie de resolución por incumplimiento propia del contrato de compraventa, en el cual, ante su estipulación contractual por parte de los contratantes, si no se paga el precio convenido en el contrato, el mismo se resuelve<sup>17</sup>, lo cual ha llevado a que de manera errónea se haya generalizado el uso de esta expresión como sinónimo de cláusula resolutoria expresa, o como la facultad de una de las partes de poner fin unilateralmente al contrato ante el incumplimiento de la otra.

De esta manera, aunque el pacto comisorio comparte con la cláusula resolutoria su efecto de resolución por incumplimiento (en el contrato de compraventa) y la necesidad imperativa de su estipulación expresa en el clausulado contractual por los contratantes, difieren entre sí, en que el pacto comisorio es una figura

---

15 Ídem. p. 84.

16 Ídem., p. 88.

17 SANABRIA GÓMEZ, A.: “La resolución en el derecho colombiano, cit., p. 142.

excepcional y exclusiva para el contrato de compraventa, regulada en los arts. 1935 a 1938 CC y por tanto no extensible a otros contratos<sup>18</sup>.

Por tanto el pacto comisorio de acuerdo a la ley, resuelve el contrato *ipso facto* como consecuencia del no pago del precio en el tiempo convenido por parte del comprador; no obstante el legislador estableció a esta resolución una característica particular, la cual es darle la opción al comprador de hacer subsistir el contrato, pagando el precio más tardar en las veinticuatro horas subsiguientes del auto admisorio de la demanda, así como de darle un término de prescripción especial de cuatro años contados desde la celebración del contrato; a diferencia de la acción resolutoria, la cual de acuerdo a los términos generales de prescripción de las acciones prescribe en un término de cinco años contados desde el incumplimiento, al no contar con una norma especial como el pacto comisorio<sup>19</sup>.

### 3. Aplicabilidad en materia civil y mercantil.

Dada la dicotomía que existe en la regulación del derecho privado en Colombia y más aún cuando tanto en el Código Civil, como en el de Comercio, se regula de forma separada, aunque similar la resolución unilateral del contrato; es importante precisar que todas las consideraciones referentes a la resolución contractual, son predicables tanto a los contratos civiles como mercantiles.

Sin embargo, resulta necesario realizar dos precisiones puntuales que debe tenerse en cuenta respecto de la resolución contractual en los contratos regulados en el Código de Comercio. La primera, referente a la redacción del artículo regulador de la cláusula resolutoria tácita del Código de Comercio, en el cual, como se expresó en su momento, aunque de similar redacción al art. 1.546 CC, difiere de la redacción civil, en que la norma habilita tanto a la resolución como a la terminación del contrato.

Como también se manifestó, estas dos figuras se diferencian en que la resolución produce la extinción de los efectos del contrato hacia el pasado y hacia el futuro, poniendo a las partes en la situación en que estaban al momento de contratar, como si nunca hubieran celebrado el contrato, mientras que la terminación del contrato solo produce efectos hacia el futuro, mas no retroactivamente.

Amén de lo expuesto, no puede conllevar a que se haga una lectura exegética o extremadamente formalista de las normatividades civiles y mercantiles, concluyendo que en materia civil no opera la terminación del contrato, sino tan

18 RENGIFO GARCÍA, E.: "La terminación y la resolución unilateral del contrato", en AA.VV.: *Estudios de Derecho privado Tomo II* (dir. por VENEGAS FRANCO, A., CÁRDENAS MEJÍA, J. P. y MANTILLA ESPINOSA, F.), Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 17.

19 SANABRIA GÓMEZ, A.: "La resolución en el derecho colombiano, cit., p. 143.

solo la resolución. Llegar a una conclusión de tal magnitud desconocería postulados legales y constitucionales que realzan la privación de lo sustancial respecto de lo formal<sup>20</sup>.

A esta conclusión ha llegado la jurisprudencia y la doctrina<sup>21</sup>, posición a la cual nos adherimos; de ningún modo se podría castigar a quien, en un error terminológico, y en presencia de un litigio solicita en el acápite de las pretensiones, la resolución de un contrato que como los de tracto sucesivo solo le es aplicable la terminación y que a pesar de que la lectura de la demanda sea fácil entender que claramente el efecto perseguido es la terminación del contrato.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

(..) ahora bien, en muchos casos, claro está, según las particularidades que cada uno ofrezca, la labor interpretativa que en relación con la demanda le compete a los juzgadores de instancia puede permitirles, por una parte, colegir que, pese haberse solicitado la "resolución" de un contrato, la reclamación elevada en verdad concierne con la "terminación" del mismo, en cuanto que por la naturaleza de los deberes de prestación asumidos por los contratantes no sea factible retrotraer lo ya dado o entregado, y, por otra decidir en consonancia con ese entendimiento la respectiva pretensión, sin que para ello constituya un valladar infranqueable el hecho de que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones que las restantes peticiones apunten, equivocadamente, a que como prestaciones consecuenciales se adopten medidas que, en esencia, estén dirigidas a retrotraer la situación al momento de la celebración del correspondiente negocio jurídico pues en este supuesto bastaría con negar su acogimiento (...) <sup>22</sup>.

En segundo lugar, la regulación comercial de la cláusula resolutoria tácita, distingue dos marcadas alternativas para el contratante cumplido, una, finiquitar el contrato bien resolución, bien terminación, dos, solicitar el cumplimiento coercitivo de la prestación con perjuicios moratorios.

De esta manera, en materia mercantil es evidente la diferencia entre estas dos alternativas, en la primera, donde el contrato se finiquita, se cobrarán perjuicios compensatorios, los cuales son aquellos que resarcen el interés del contrato de forma completa, es decir tiene como objeto compensar el incumplimiento, dejando el patrimonio del deudor en el estado en que estaría si no se hubiera presentado el incumplimiento.

20 JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho privado, Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial, Tomo III Derecho de Contratos*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2014, pp. 933-934.

21 *Idem.*, pp. 931-934. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011, Magistrado Ponente: SOLARTE RODRÍGUEZ, A. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01.

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011, Magistrado Ponente: SOLARTE RODRÍGUEZ, A. Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01.

En la segunda se obliga judicialmente al deudor a cumplir las prestaciones del contrato, el perjuicio que debe resarcir es la mora, ya que se trata de una ejecución tardía. Es así como, en este segundo evento, el deudor no debe indemnizar la totalidad del interés contractual, pues el mismo debió ser cumplido coercitivamente<sup>23</sup>.

#### 4. Posibilidad de acudir ante el juez posterior a la resolución unilateral.

La resolución unilateral, no es sinónimo de no poder acudir ante el juez de manera posterior a que opere la resolución; no obstante, se debe aclarar que será derecho de ambas partes contractuales acudir ante el operador judicial con posterioridad a la resolución.

La facultad de resolver un contrato de forma unilateral por incumplimiento trae implícito un riesgo para su autor: ejercitar su derecho de forma ilegal o abusiva. Recordemos, que la sanción de la ruptura contractual es absolutamente severa, tan es así que muchos autores que sostienen la imposibilidad de la resolución unilateral por incumplimiento fundan su desacuerdo en que tal facultad comportaría tomarse la justicia por su propia mano<sup>24</sup>.

Por tanto, quien pretenda resolver un contrato de forma unilateral, debe ser cuidadoso, además de objetivo e imparcial, ya que de lo contrario podrá comprometer su responsabilidad. Es por ello que, así como el acreedor tiene el derecho a resolver el contrato por incumplimiento, el deudor a su vez tiene el derecho de acudir de forma posterior ante la jurisdicción para poder cuestionar la decisión del acreedor<sup>25</sup>.

Ante la demanda del deudor inconforme, por la resolución unilateral del contrato por parte de su acreedor, el juez deberá revisar que se cumplan los requisitos para el ejercicio de la resolución del contrato y de esta manera valorará si el acreedor ejerció o no su derecho de resolución de forma legítima y conforme a derecho.

Si el juez, después de su valoración, evidencia que efectivamente el acreedor ejerció su derecho de resolución en cumplimiento de la ley de forma legítima, condenará al deudor al pago de las costas del proceso y eventualmente al pago de perjuicios si existió demanda en reconvencción por parte del acreedor.

23 JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho privado, Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial, Tomo III Derecho de Contratos*, cit., pp. 937-939.

24 NAVIA ARROYO, F.: "La terminación unilateral del contrato de Derecho privado", cit., pp. 66-67

25 MOLINA MORALES, R.: "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", cit., p. 104.

Si por el contrario el juez determina que el acreedor no ejerció su facultad de terminación de forma legítima, al no existir falta del deudor, o al no haber cumplido con rigurosidad los requisitos para ejercer la resolución unilateral, el juez deberá declarar la resolución del contrato ilegal.

Para algunos autores, la declaratoria de la resolución como ilegal, no tendrá como efecto el surgimiento de nuevo a la vida del contrato resuelto, puesto que esta terminación del vínculo será eficaz. No obstante, comprometerá la responsabilidad del acreedor quien quedará obligado a indemnizar los perjuicios causados<sup>26</sup>.

Una conclusión diferente, en la cual el juez optara por mantener la fuerza del contrato ilegalmente resuelto, presentaría varios problemas prácticos. El primero es que dada la actual congestión judicial que se presenta en el país, habrían transcurrido meses o incluso años entre la resolución ilegal del contrato y la sentencia que lo declara, lo cual tendría como efecto, además de la pérdida de la relación de confianza entre los contratantes, en que al haberse desligado unilateralmente una de ellas del contrato ha transcurrido como se dijo, meses e incluso años, por tal motivo al momento en que el juez ordene mantener los efectos del contrato; lo más seguro es que en ese instante a ninguna de las partes le interese ya continuar con las prestaciones del contrato.

Otro problema, sería que el juez al obligar a la parte que ilegalmente dio por terminado el vínculo contractual, a que reanude su relación con su antigua contraparte, podría afectar derechos consolidados con terceros de buena fe, pues se obligaría a dejar sin efectos el contrato celebrado con estos para remplazar el negocio jurídico resuelto<sup>27</sup> Recordemos que normalmente, la parte que busca la resolución unilateral del contrato, lo hace para continuar el fin buscado en el contrato, con un tercero, una vez resuelva el vínculo con su contraparte.

Por estas razones, se puede concluir que la solución más razonable para las partes, los terceros de buena fe y en general para la continuidad de los fines económicos del contrato, es la de condenar al acreedor al pago de la indemnización de perjuicios causados al deudor, por la resolución injusta.

Por su parte, el acreedor también está facultado para acudir al juez con posterioridad a la resolución unilateral del contrato que realice, el cual puede acudir en busca de múltiples fines como se detallara.

---

26 *Ídem*, p. 105.

27 *Ibidem*.

El primero de estos fines es deshacer los efectos de la resolución del contrato, en caso de que el deudor no quiera voluntariamente acatarlos, pues recordemos que, aunque la ley faculta al acreedor a resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor, el acreedor carece de poder coercitivo, poder que está en manos del juez, quien es el único que puede obligar al deudor a acatar los efectos de la resolución del contrato.

La cesación de los efectos hacia el futuro del contrato no constituye mayores inconvenientes, sin embargo, los efectos retroactivos pueden llegar a constituir serios problemas para el acreedor, sobre todo en casos de restituciones, ya que el acreedor no puede usar la fuerza que como se ha repetido solo la tiene el Estado, por medio de la administración de justicia, que será al final la que obligue al deudor a realizar las restituciones correspondientes al acreedor.

Para finalizar, recalcamos la importancia de la resolución unilateral del contrato, que aunque en algunas ocasiones parezca inane, puesto que de todos modos en ocasiones el acreedor se verá obligado a iniciar un proceso judicial contra el deudor; recordemos que la resolución unilateral sigue conservando la altísima importancia, de permitir al contratante cumplido sustituir a su contraparte incumplido por un nuevo contratante<sup>28</sup> y llevar a cabo el fin económico del contrato.

### III. TENDENCIAS MODERNAS EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.

Colombia es un país de tradición jurídica europea, es decir, su sistema jurídico pertenece al denominado derecho continental o *Civil Law*. En la tradición del derecho continental la resolución por incumplimiento ha tenido un carácter esencialmente judicial; es decir la resolución sólo es permitida si ha sido autorizada por el juez, más no por parte del acreedor.

No obstante y a pesar de esta tradición, en la modernidad las legislaciones de muchos países de tradición europea<sup>29</sup> permiten el ejercicio de la resolución tanto judicial como extrajudicialmente; donde la resolución se produce en ambos casos no en virtud de la sentencia, sino en virtud de la voluntad del acreedor.

Empero, también es cierto, que en las legislaciones donde se ha permitido la resolución unilateral por incumplimiento, también se ha permitido que de forma posterior, cuando existe controversia, que el afectado por la resolución pueda

---

28 *Ibidem*.

29 A modo de ejemplo, se puede citar el Derecho alemán, Derecho inglés, Derecho holandés y la jurisprudencia española donde se ha adoptado la resolución unilateral del contrato.

acudir ante el juez, quien se limita a declarar bien hecha la resolución, si se dan los presupuestos para que el acreedor optara por ella; o a denegarla si no se dan<sup>30</sup>.

La resolución unilateral por incumplimiento, es también la solución adoptada por los instrumentos más representativos a nivel mundial en materia de contratación internacional, que a su vez son referentes de ley modelo en muchos países de Europa y del mundo entero, al ser hitos de la unificación del derecho privado. Entre estos instrumentos encontramos:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
- Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
- Los Principios del Derecho Europeo de Contratos
- El Marco Común de Referencia Europeo.

Por tal razón y a modo de reflexión, a continuación se hará una exposición de cómo estos instrumentos han desarrollado el tema de la resolución contractual por incumplimiento y especialmente se expondrá que en todos y cada uno de ellos es permitida la resolución unilateral del contrato, señalando así que contrario a lo que se expone en la doctrina y jurisprudencia colombiana, la resolución unilateral por incumplimiento no es sinónimo de auto tutela y realización de justicia por propia mano, más bien por el contrario a diferencia de lo expuesto por la mayor parte de la doctrina nacional, el término justicia privada no se debe tomar como un valor absoluto, siempre que no se emplee la violencia o las vías de hecho; ya que como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, el poder coercitivo solo lo tiene el estado, y al final cuando se permite la resolución unilateral por incumplimiento, aunque se faculta a la parte cumplida a resolver el contrato de forma extrajudicial, los efectos materiales (no jurídicos) de esta resolución solo se podrán llevar a cabo de forma voluntaria entre las partes, ya que si estas no acceden a ello, será imperativa la intervención del Estado, por medio de los jueces y los tribunales<sup>31</sup>.

30 CLEMENTE MEORO, M. E.: "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2.009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, p. 7.

31 TERNERA BARRIOS, F.: "Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", en AA.VV.; *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por GAITÁN MARTÍNEZ, J. A. y MANTILLA ESPINOSA, F.) Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 364.



## I. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

### A) Generalidades.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980<sup>32</sup>, comúnmente conocida como Convención de Viena, representa una de las convenciones internacionales más difundidas y más exitosas de la historia, lo anterior, se puede evidenciar tan solo con la constatación del número de Estados parte de la convención (97 Estados)<sup>33</sup>, entre los que se evidencian no solo países pertenecientes a diferentes familias o sistemas jurídicos, sino que además se encuentran potencias económicas así como los principales Estados que actúan como actores principales del comercio mundial<sup>34</sup>.

La Convención constituye un encuentro entre los dos mayores sistemas jurídicos del mundo, el *Civil Law* o derecho continental y el *Common Law*<sup>35</sup>. Este instrumento armoniza las particularidades propias de estas dos culturas jurídicas, recogiendo reglas aplicables a la solución de algunos de los litigios suscitados en materia de compraventa internacional de mercaderías.

Por otra parte, se debe mencionar que las normas establecidas en la Convención de Viena sobre compraventa de Mercaderías son de naturaleza supletivas, por lo cual pueden ser modificadas contractualmente por las partes estableciendo excepciones o modificaciones<sup>36</sup>.

La Convención como su nombre lo indica, regula “los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, constituyendo la compraventa el contrato básico del tráfico jurídico en cualquier economía que haya superado la etapa del trueque y haya instaurado el dinero como medio de cambio, es así como, este contrato representa el paradigma de los contratos a través de los cuales se efectúa el comercio<sup>37</sup>.

32 CNUDMI, *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/vl057000-cisg-s.pdf>

33 CNUDMI, *Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)*, [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status)

34 ROBLES FARIAS, D.: “La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) Su génesis, desarrollo e influencia internacional”, *op. cit.*, pp. 210.

35 TERNERA BARRIOS, F.: “Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *cit.*, p.355.

36 *Idem*, p. 356.

37 MONTAÑA CASANÍ, A.: “La ‘actio quantimoris’ en la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías”, en AA.VV.: *Fundamentos romanísticos de Derecho Contemporáneo, Tomo VII - Derecho de contratos*, (dir. por GARCÍA SÁNCHEZ, J.), Editorial BOE, Madrid, 2021, pp. 393-394.

Es importante precisar que la Convención de Viena es un tratado de derecho internacional, por lo cual para su entrada en vigor se requiere la suscripción por parte de los Estados, es por ello que la Convención hace parte de los denominados *Hard Law*, los cuales tienen por objeto crear reglas de derecho objetivamente válidas y obligatorias.

Por su parte Colombia, es Estado parte de la Convención<sup>38</sup> ya que la misma fue aprobada por medio de la Ley 518 de 1.999 entrando en vigor el 1 de agosto de 2.002 por lo cual en la actualidad la Convención está en plena vigencia haciendo parte del derecho positivo del país y siendo obligatoria su aplicación en los términos de la Convención.

Se estima que la CNUCCIM regula potencialmente alrededor del 80% de las transacciones de compraventa internacional<sup>39</sup>. Por otra parte, la Convención destaca por su enfoque innovador en la regulación de los contratos de compraventa internacional, lo que le ha permitido influir significativamente en una variedad de sistemas y normativas nacionales. De esta manera, se ha consolidado como una referencia indiscutible en el ámbito académico en lo que respecta al derecho contractual internacional<sup>40</sup>.

Para concluir, es de precisar que la Convención ha sido adherida a las legislaciones de casi todos los países europeos, así como también a casi la totalidad de los países americanos, quienes han visto en este instrumento una solución jurídica práctica para el comercio internacional<sup>41</sup>.

#### B) La resolución en la Convención de Viena.

Entrando en materia de resolución contractual, la Convención de Viena consagra dos regímenes de resolución extrajudicial de los contratos: un régimen de resolución unilateral por incumplimiento del deudor y otro denominado resolución por anticipación.

38 UNCITRAL: *Situación actual Convención de las NACIONES Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1.980)*, [http://www.uncitral.org/uncitral/texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/texts/sale_goods/1980CISG_status.html), [consultado el 23 de abril de 2024].

39 *Ibidem*. MARTÍNEZ, A. M.: "Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: ¿cómo afecta a los empresarios colombianos?", *REVISTA@ e-Mercatoria*, vol. 2, núm. 2, 2003, pp. 1-11. Oviedo Albán, J.: "La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos." *Revista Foro de Derecho Mercantil*, núm. 29, 2010, p. 40.

40 *Ibidem*.

41 ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2011, p. 35.

i. Resolución unilateral por incumplimiento esencial

La Convención de Viena, en su Parte III, sección III, regula los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, incluido lo referente a la resolución unilateral por incumplimiento.

Por su parte el art. 49 regula la facultad de resolver el contrato por parte del comprador, estableciendo que el comprador puede resolver el contrato de forma unilateral ante el incumplimiento del deudor en cualquiera de sus obligaciones, cuando este incumplimiento le ocasione un daño esencial.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 64 de la Convención, el mismo derecho lo tendrá el vendedor ante un incumplimiento esencial por parte del vendedor.

De conformidad con el art. 25 de la convención, un incumplimiento esencial, será aquel que cause a la contraparte un perjuicio de tal magnitud que lo prive sustancialmente del derecho que esperaba en razón del contrato, salvo que el contratante cumplido no hubiera previsto este resultado y que una persona en su misma condición no lo hubiera tampoco podido prever. Es así, que la convención exige dos requisitos para la calificación del incumplimiento como esencial:

- La privación en razón del incumplimiento, de lo que esperaba el acreedor con la celebración del contrato. Por tanto, es menester buscar entre las múltiples obligaciones contractuales, aquellas obligaciones en cabeza del deudor, a las cuales el acreedor les de especial importancia, constituyéndolas fundamentales para el contrato. Será entonces el incumplimiento de estas obligaciones fundamentales para el acreedor, las que facultan a la resolución del contrato.

- Que haya sido previsible la privación de lo esperado por el acreedor, bien sea por que se conocía de antemano el objetivo económico del acreedor en el contrato, o por que cualquier persona razonable situada en las circunstancias del deudor lo hubiese inferido<sup>42</sup>.

Es así como de acuerdo con los arts. 49 y 64, se faculta al acreedor del contrato, a la resolución unilateral por incumplimiento de su contraparte. Esta resolución de la convención no requiere de una demanda judicial, por lo que nos encontramos frente a un caso de resolución extrajudicial.

No obstante, como se ha afirmado en diferentes ocasiones, que se trate de resolución extrajudicial, no significa que, de forma posterior a la resolución, no se pueda acudir ante un juez o tribunal con el fin de revisar los fundamentos de la resolución por parte del acreedor.

---

42 Ídem, pp. 359 - 360.

Por otra parte, es preciso advertir que los incumplimientos no esenciales, no dan lugar a la resolución unilateral del contrato, pero sí dan lugar a otras sanciones tales como la reducción del precio de las mercaderías, su reparación o sustitución<sup>43</sup>.

ii. Resolución por anticipación.

La Convención de Viena, regula lo referente a la resolución por anticipación, en la parte III, del capítulo V sobre “disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador”, Sección I.

Por su parte el art. 72 establece lo siguiente:

1. “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”.

Como se puede observar del artículo expuesto, la convención permite la resolución del vínculo contractual siquiera antes de que exista incumplimiento, resolución absolutamente novedosa en comparación a la escasa regulación que existe en el Derecho colombiano.

No obstante, no se permite la resolución de forma anticipada antes de que exista incumplimiento y ante cualquier evento. Por el contrario, de acuerdo con lo establecido en el art. 71, es necesario que “resulte manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”, es decir, aunque no es necesario que exista incumplimiento debe resultar evidente para la parte que pretenda la resolución unilateral, que su contraparte incurrirá en el denominado incumplimiento esencial, para que en virtud de la convención se pueda resolver el contrato de forma unilateral.

La resolución por anticipación se tomó del sistema *Common Law*, específicamente de la institución *anticipatory breach of contract*; donde se exige que el deudor manifieste que no cumplirá con las prestaciones a su cargo, o que se encuentre imposibilitado para cumplir; para que el acreedor pueda resolver legítimamente el contrato. No obstante, el deudor podrá dar las seguridades suficientes al acreedor

---

43 *Ibidem*.

donde le garantice el cumplimiento de su obligación, enervando la resolución unilateral<sup>44</sup>.

La Convención de Viena, exige dos requisitos puntuales establecidos en el art. 72 para que el acreedor pueda ejercer la resolución unilateral por anticipación:

- La necesidad de que el incumplimiento futuro sea manifiesto; recalándose que este incumplimiento futuro se manifieste con hechos ciertos y concretos.

- La necesidad de una comunicación por parte del acreedor al deudor, manifestando su intención de resolver el contrato.

Sin embargo, de acuerdo con el mismo art. 72, siguiendo el ejemplo del *Common Law*, se le permite al deudor una vez comunicado sobre la intención de terminar el contrato por parte del acreedor, de proponer seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. Una vez dadas las seguridades que garanticen el cumplimiento del contrato, el contrato solo podrá resolverse por medio de un juez o tribunal; el cual ante el caso de que las seguridades propuestas por el demandado resulten ser no verídicas, podrá condenarlo al pago de una indemnización<sup>45</sup>.

Por último, es preciso dedicarle unas líneas a la figura denominada por la convención como “suspensión por anticipación” la cual, aunque no extingue el vínculo contractual como la resolución, resulta ser una figura próxima a la resolución por anticipación.

La suspensión por anticipación se encuentra consagrada en el art. 71 de la Convención, donde se faculta a cualquiera de las partes a diferir o lo que es lo mismo, suspender (aplazar o prorrogar) el cumplimiento de sus obligaciones si resulta evidente que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de las suyas.

La figura de suspensión por anticipación, es muy similar a la figura denominada excepción de contrato no cumplido, consagrada en los códigos de Derecho privado en Colombia, en el art. 1.882 CC y 926 CCom., figura de naturaleza dilatoria, ya que, el contratante que la ejerce no pretende sustraerse al cumplimiento, ni pretende discutir la validez del contrato, sino que simplemente quien la ejerce exige que la contraparte cumpla sus prestaciones antes del cumplimiento de las propias<sup>46</sup>.

44 TERNERA BARRIOS, F.: “Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, cit., p. 361.

45 Ídem, p. 362.

46 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, cit., p. 389.

No obstante las similitudes que pueda tener la suspensión por anticipación, a la figura de la excepción de contrato no cumplido, tiene ciertas diferencias importantes.

La primera y principal, es que la excepción de contrato no cumplido castiga un incumplimiento cierto y no uno eventual. Es así, que la excepción de contrato no cumplido aplica cuando uno de los contratantes, ya ha incumplido sus obligaciones contractuales, habilitando al otro a ejercer un verdadero derecho de retención de la prestación debida, buscando como finalidad la obtención de una garantía de que la otra parte cumpla sus obligaciones contractuales.

Por su parte, la suspensión por anticipación, como su mismo nombre lo predice, faculta a la parte que prevé que la otra no va a cumplir sus obligaciones, anticiparse a este hecho previniéndola que no va a cumplir las suyas ante su eventual incumplimiento.

En conclusión, una se ejerce ante el incumplimiento de su contraparte, mientras que la otra se ejerce anticipándose al mismo, sin embargo, las dos figuras a la larga producen idénticos efectos jurídicos, el cual es paralizar la ejecución del contrato, sin destruir el vínculo; modificando el termino de ejecución de las prestaciones del acreedor, impidiendo la configuración de la mora del acreedor quien suspende el contrato.

Se trata pues de una facultad que otorgan los instrumentos legales, sea la ley o sea la Convención ante las obligaciones nacidas en los contratos bilaterales, para que la parte cumplida pueda ejercer un mecanismo de presión ante un incumplimiento cierto o uno eventual<sup>47</sup>.

## 2. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.

### A) Generalidades.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado mejor conocido por su acrónimo UNIDROIT, de su denominación en francés: *Institut international pour l'unification du droit privé*, es una organización intergubernamental, creada en el año 1.926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones; organización que tiene por objeto promover la modernización, armonización y unificación del Derecho privado a nivel mundial<sup>48</sup>.

47 TERNERA BARRIOS, F.: "Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", cit., pp. 361-364.

48 UNIDROIT: *Overview*, <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/>.

Es así como, en desarrollo de los fines del Instituto, se crearon los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los cuales tienen como objeto de acuerdo con lo establecido en su preámbulo, fijar un conjunto de reglas que puedan ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo<sup>49</sup>.

Por otra parte, los Principios UNIDROIT resultan aplicables a contratos internacionales de naturaleza mercantil, cuando las partes hayan acordado someter el contrato a estos Principios, inclusive son aplicables a contratos nacionales cuando las partes lo han pactado así y cuando la legislación interna del país lo permite. También los Principios pueden ser aplicados cuando, aunque las partes no se hayan sometido explícitamente a ellos, pero si se hallan sometido a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*<sup>50</sup>.

Adicionalmente, pueden ser utilizados como ley modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los Principios UNIDROIT no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales<sup>51</sup>.

Los Principios UNIDROIT de acuerdo con lo dicho, tienen un carácter eminentemente potestativo son *Soft Law*, Nueva *Lex Mercatoria*; es por ello, que cuando las partes contractualmente pacten su sometimiento a ellos pueden a su vez pactar la exclusión de la aplicación de cualquiera de sus normas, (salvo las que expresamente los prohíban) o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones<sup>52</sup>.

Por lo expuesto, es imperativo al hacer un estudio de las tendencias modernas en materia de resolución de los contratos, hacer referencia explícita a los Principios UNIDROIT.

#### B) La resolución en los Principios UNIDROIT.

Los Principios UNIDROIT regulan lo relacionado con la resolución contractual, dentro del capítulo 7 referente a incumplimiento en su sección 3. Al igual que la Convención de Viena, establece dos regímenes de resolución extrajudicial de los

49 UNIDROIT: *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>.

50 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT y Universidad Externado de Colombia: *Principios UNIDROIT: sobre los contratos comerciales internacionales, 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT y Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2008, p.1.

51 ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, cit., pp. 35-36.

52 *Idem*, pp. 35-36.

contratos: un régimen de resolución unilateral por incumplimiento esencial y otro denominado resolución anticipada por incumplimiento esencial.

i. Resolución unilateral por incumplimiento esencial

A diferencia de la legislación colombiana y de la misma Convención de Viena, los Principios UNIDROIT definen expresamente lo que se entiende por incumplimiento, el cual de acuerdo con lo establecido en el art. 7.1.1 de la sección I “(...) consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o tardío”.

Esta definición de incumplimiento hace una referencia similar a lo estipulado en el art. 1.613 del Código Civil Colombiano el cual sin definir lo que se debe entender por incumplimiento, hace alusión a las situaciones que comprenden el incumplimiento, estableciendo a su vez que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, determinando con claridad que estos se deben pagar en tres eventos<sup>53</sup> a saber:

- Cuando no se haya cumplido la obligación de forma total.
- Cuando la obligación se haya cumplido de manera imperfecta.
- Cuando se hubiera tardado el incumplimiento.

Al igual que en la Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT incluyen la figura del denominado incumplimiento esencial, figura propia del derecho anglosajón, al establecerse en el numeral I del art. 7.3.1, que cualquiera de las partes en el contrato puede resolver el mismo a falta de cumplimiento de una de las obligaciones, cuando este incumplimiento constituye un incumplimiento esencial.

Aunque no se define con exactitud lo que se considera que es un incumplimiento esencial, se fijan un elenco de circunstancias para establecer si en un determinado caso la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial de la siguiente manera:

- El incumplimiento del contrato será esencial, si este es capaz de privar a la parte perjudicada de algo fundamental a lo que tenía derecho a esperar al momento de celebrar el contrato.
- El incumplimiento es esencial porque el mismo clausulado contractual lo estipulo como tal.

---

53 OVIEDO ALBÁN, J.: “El incumplimiento del contrato internacional”, *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 14, 2007, p. 54.



- El incumplimiento intencional o temerario será calificado como esencial.

- El incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales, aunque no esencial, brinde suficiente motivo a la parte perjudicada para desconfiar legítimamente del cumplimiento futuro de su contraparte.

- Será catalogado como incumplimiento esencial, el caso en el cual se ha concedido un plazo suplementario para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y el contratante incumplido no honra el periodo suplementario otorgado<sup>54</sup>.

De esta manera del articulado de los Principios UNIDROIT, resulta claro en qué casos se considera el incumplimiento como esencial, el cual será el único que faculta al contratante cumplido a resolver el contrato.

Por otra parte, a su vez, podemos ver que al igual que en la Convención de Viena, la resolución del contrato por incumplimiento en los Principios UNIDROIT es una facultad extrajudicial. Lo anterior se desprende de lo establecido en el art. 7.3.2 de los Principios, artículo que expresamente establece que la facultad resolutoria se ejercita mediante una notificación a la otra parte, disposición que denota de forma evidente, que la resolución del contrato no necesita ser declarada por parte de juez o tribunal alguno.

La comunicación del art. 7.3.2 de los Principios UNIDROIT, además de ser la forma de ejercitar el derecho de resolución contractual, permite a su vez a la parte incumplida evitar pérdidas originadas en la incertidumbre, originada en la falsa creencia que su contraparte aceptará el cumplimiento y continuará la relación contractual<sup>55</sup>.

#### ii. Resolución anticipada por incumplimiento esencial

Al igual que sucede en la Convención de Viena, el art. 7.3.3 de los Principios de UNIDROIT permite la resolución anticipada del contrato, al establecer que “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato” Es así, que se hace una equiparación entre el incumplimiento eventual al real, no obstante, se exige como requisito una certeza de que existirá un incumplimiento, adicional, este incumplimiento futuro debe ser esencial y la

54 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, UNIDROIT Y UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA: *PRINCIPIOS UNIDROIT: sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p. 229.

55 *Idem*, p. 232.

parte que ejerce este derecho deberá igualmente notificar a su contraparte su decisión de resolver el contrato<sup>56</sup>.

La figura de resolución por anticipación no es propia del *Civil Law*, más bien fue adoptada por los Principios UNIDROIT del derecho anglosajón, donde es conocida como *anticipatory breach of contract*. En los países de tradición anglosajona, se ha aceptado la renuncia al contrato, de aquella parte que lo manifiesta claramente, o cuando se puede derivar la renuncia de su comportamiento tácito; en estos casos se faculta a la contraparte a resolver de considerar estas conductas como un incumplimiento real del contrato, permitiendo incluso que reclame la indemnización que dichos perjuicios puedan ocasionar<sup>57</sup>.

### 3. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

#### A) Generalidades.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos, conocidos también como “Principios Lando” fueron creados en línea de unificación de Derecho privado en el ámbito de la Comunidad Europea. Estos Principios a diferencia de los instrumentos antes vistos partieron de la experiencia inglesa y a partir de esta experiencia centraron su atención en la unificación entre los sistemas del *Civil Law* con el *Common Law*.

Su creación correspondió, en ocasión a un simposio desarrollado en la Escuela de Comercio de Copenhague en 1.974, el cual se llevó a cabo con el fin de abordar la redacción de un proyecto de convención de derecho internacional privado, cuyo fin sería generar un conjunto de reglas unificadas en materia de obligaciones y contratos para Europa<sup>58</sup>.

La Comisión de Derecho contractual europeo inició las labores de redacción en Bruselas (Bélgica) en el año 1.980, concluyendo su tarea en el año 2001. Para la estructuración de los principios, la comisión se basó en diferentes modelos, entre los cuales se encuentran los *restatements* norteamericanos, los Principios de UNIDROIT, la Convención de Viena y el Código de Comercio Uniforme estadounidense.

Los Principios del Derecho Europeo de Contratos por otra parte, tuvieron como fin no tanto reformular el Derecho vigente, sino por el contrario se quiso con esta iniciativa crear reglas y normas comunes a partir de sistemas jurídicos

---

56 Ídem, p. 233.

57 OVIEDO ALBÁN, J.: “El incumplimiento del contrato internacional”, cit., p. 61.

58 ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, cit., p.36.

vigentes crear reglas y normas comunes. Lo que al final puso en evidencia que las diferencias entre los actuales sistemas jurídicos no era tan grandes como se pensó en un principio<sup>59</sup>.

Por otra parte, es importante hacer referencia a que en esta iniciativa no se establecen diferencias entre contratos civiles y comerciales, al partir del simple hecho de que esta diferenciación del Derecho privado es ajena a varios sistemas jurídicos<sup>60</sup>.

#### *B) La resolución en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.*

En cuanto a lo referente a la resolución contractual, Los Principios Lando regulan lo referente a la resolución contractual en el Capítulo 3, sección 3, estableciendo dos supuestos en que cabe resolver de forma unilateral el contrato; el primero el incumplimiento catalogado como esencial y el segundo el caso del retraso en el cumplimiento<sup>61</sup>.

##### *i. Resolución unilateral por incumplimiento esencial.*

Los Principios Lando, siguen las tendencias modernas, es decir, la resolución unilateral del contrato, la cual es procedente independientemente de si el incumplimiento se encuentra o no justificado, siempre que tenga un carácter de relevancia suficiente<sup>62</sup>, o en los mismos términos de la Convención de Viena y los principios UNIDROIT sea un incumplimiento relevante.

Lo primero que llama la atención del art. 9:301 sobre el derecho a resolver el contrato, es que una vez verificado el incumplimiento, en los términos exigidos por la norma, no se le puede otorgar ningún plazo de gracia al deudor para que cumpla su deber, como sí ocurre en la Convención de Viena donde la parte que tiene derecho a resolver el contrato tiene la facultad de conceder un término de gracia<sup>63</sup>.

Para los Principios Lando, de acuerdo con el art. 8:103 hay incumplimiento esencial de cualquiera de las obligaciones del contrato, cuando:

- La observancia estricta de la obligación forma parte del contrato.

---

59 *Ibidem.*

60 OVIEDO ALBÁN, J.: “Los principios del derecho europeo de contratos: aspectos generales y formación del contrato”, cit., p. 4.

61 LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo: Parte I y II, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

62 RIVERA RESTREPO, J. M.: *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 476.

63 *Ibidem.*

- Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de sus justas expectativas respecto al contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.

- Cuando el incumplimiento es intencionado y da motivos a la parte perjudicada para entender que más adelante ya no cabe contar con el cumplimiento de la otra parte.

Es así como una vez exista incumplimiento catalogado como esencial en los términos expuestos, el afectado puede ejercer su derecho a la resolución del contrato.

No obstante lo expuesto, la resolución del contrato no se produce de forma automática, sino que por el contrario de acuerdo con el art. 9:303 requiere ejercitarse mediante comunicación dirigida al deudor, la cual debe ser enviada dentro de un plazo razonable, so pena de perder su facultad de resolver; la comunicación no necesita ningún requisito formal, salvo la manifestación expresa y directa de la voluntad de resolver por parte del contratante perjudicado.

Con todo, existen dos excepciones a la regla de la comunicación del art. 9:303:

- La expuesta en el art. 8:106 referente al caso en el cual se le ha dado un plazo al deudor para que éste cumpla, en el cual se comunica que si al vencimiento del plazo no cumple el contrato se resolverá automáticamente, caso en el cual no hace falta una nueva comunicación informándole la terminación unilateral.

- Conforme al art. 9:108 cuando el incumplimiento se encuentre justificado por imposibilidad absoluta y total caso en el cual el contrato quedará automáticamente resuelto sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad.

Es así como queda absolutamente claro el carácter extrajudicial de la resolución por incumplimiento de los Principios Lando, los cuales no exigen el ejercicio judicial de una acción, ni tampoco la concesión de un periodo de gracia por un juez o tribunal.

#### ii. Resolución en caso de retraso.

De acuerdo con lo reseñado en el art. 9:301 el segundo evento en que se faculta la resolución unilateral del contrato, es el caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones conforme al art. 8:106.

Por su parte el art. 8:106 establece que en el evento en que el retraso en el incumplimiento de una obligación que no sea de carácter fundamental, el

contratante a quien le han incumplido puede conceder a su contraparte una prórroga razonable para que pueda cumplir con sus obligaciones propias del contrato, comunicándole expresamente dicha decisión por cualquier medio.

En la comunicación se puede a su vez advertir que la falta de cumplimiento durante el plazo otorgado dará lugar a la terminación automática del contrato evitando así una nueva comunicación ante la renuencia al cumplimiento durante el plazo adicional<sup>64</sup>.

Durante el plazo adicional, el contratante perjudicado puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a la espera del cumplimiento de su contraparte. Además, el mismo artículo lo faculta al cobro de daños y perjuicios causados por el retraso de su contraparte en el cumplimiento de sus obligaciones. Es importante precisar, que los principios, prohíben la utilización de cualquier otro medio de tutela durante el plazo otorgado.

Por último, se hace claridad en que si el retraso en el cumplimiento no es esencial es imperativo recurrir a la concesión de un periodo adicional a efectos de dar por terminado el contrato. Es decir, si el incumplimiento del contrato es de los catalogados como esenciales, el contratante perjudicado puede resolver el contrato de forma unilateral por incumplimiento, sin necesidad de conceder un plazo adicional<sup>65</sup>.

#### 4. Marco Común de Referencia para el Derecho privado.

##### A) Generalidades.

El borrador o proyecto de Marco Común de Referencia, en inglés *Draft Frame of reference*, relativo al Derecho de contratos europeo, constituye uno más de los esfuerzos de promoción de la unificación o armonización del derecho de contratos a nivel europeo e inclusive busca la codificación del Derecho privado en este continente.

Este proyecto nace del “plan de acción” de la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo europeo de 12 de febrero de 2003. Dicha comunicación resulta de las observaciones expuestas por el Consejo y el Parlamento en sendas respuestas a la Comunicación de la Comisión de 11 de julio del 2001 acerca de Derecho contractual europeo<sup>66</sup>.

64 CLEMENTE MEORO, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 345.

65 *Ibidem*.

66 JEREZ DELGADO, C.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 23 y 24.

El plan de acción expone los problemas referentes a las dificultades surgidas con ocasión a las diferencias entre los diversos ordenamientos nacionales, previo a exponer las medidas a adoptar.

Para afrontar esta problemática, la citada comunicación del año 2.003 genera unas medidas dirigidas a crear una terminología común, sobre reglas comunes en un marco de referencia; marco común con una clara finalidad unificadora, no solo respecto al tema de terminología, sino que además abarca normas generales relativas a contratos transfronterizos y eventualmente constitutivo de un instrumento al cual las partes en un contrato puedan facultativamente establecer como ley aplicable al contrato<sup>67</sup>.

La primera versión del Marco Común de Referencia es publicada en el año 2007, para luego en el año 2009 publicarse una segunda versión. De la segunda versión se realizó la denominada *full edition* en la cual se expone los principios fundamentales, comentarios y notas referentes a derechos nacionales, en lo referente con las normas modelo en él definidas y por último una lista de definiciones.

El texto del Marco Común de Referencia tiene un contenido muy extenso, mucho mayor que los instrumentos antes vistos, puesto que no solo contiene principios y normas referentes a contratos, sino que es más ambicioso, abarcando el ámbito en materia de obligaciones en general, ocupándose por ejemplo del acto ilícito y el enriquecimiento sin causa, comprendiendo incluso el régimen jurídico de la propiedad mobiliaria<sup>68</sup>.

Por último, es importante aclarar que el Marco Común de Referencia tiene una naturaleza o carácter académico, es decir, carece de positividad y por tanto de eficiencia jurídica; es por esto que aunque no constituye norma jurídica positiva, ni tampoco un instrumento al que opcionalmente las partes pueda remitirse, si se forja como una propuesta académica interesante y completa, que responde exclusivamente a criterios científicos y no políticos, instituyendo uno de los desarrollos jurídicos del Derecho privado más importantes hasta el momento<sup>69</sup>.

#### B) Resolución contractual.

De los instrumentos de Derecho privado desarrollados en este trabajo, es el Marco Común de Referencia el más extenso y detallado en cuanto al derecho de resolución se refiere; no obstante, comparte con los demás instrumentos varios

---

<sup>67</sup> Ídem, p. 24.

<sup>68</sup> Ídem, p. 25.

<sup>69</sup> JEREZ DELGADO, C.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)*, cit., pp. 26 y 27.

puntos en común, como la facultad de resolver un contrato ante un incumplimiento esencial o en el lenguaje del Marco Común de Referencia *incumplimiento fundamental*.

La resolución por incumplimiento, es desarrollada en la sección 5 del capítulo tercero, sobre incumplimiento de las obligaciones<sup>70</sup>, estableciendo dos supuestos de resolución contractual por incumplimiento, la resolución unilateral por incumplimiento fundamental y la resolución por incumplimiento esencial anticipado.

i. Resolución unilateral por incumplimiento fundamental.

La primera y principal causal de resolución contractual al igual que en los demás instrumentos de Derecho privado vistos, es la referente al incumplimiento por una de las partes en el contrato catalogado como esencial, el cual como se aclaró anteriormente, es denominado como fundamental en el Marco Común de Referencia.

El Marco Común de Referencia califica como incumplimiento fundamental aquel incumplimiento que es capaz de privar sustancialmente al acreedor de aquellas cosas que tenía expectativas de recibir, salvo que el deudor no hubiera previsto o hubiera podido prever en buena lógica este resultado, o hubiese sido intencionado el incumplimiento o que hubiera sido imprudente el deudor permitiendo al acreedor no creer que no podría obtener un cumplimiento por parte del deudor<sup>71</sup>.

En presencia de un incumpliendo no catalogado como esencial, no se tiene derecho a resolver el contrato unilateralmente, excepto que se envíe una comunicación al deudor de la concesión de un periodo adicional y razonable para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y el deudor dentro de este nuevo plazo insistiera con el incumplimiento. En este caso, podrá resolver el contrato de forma unilateral, siempre y cuando en la comunicación enviada con la prórroga se haya establecido que la resolución procederá de forma automática y sin necesidad de nueva notificación, en caso de que el deudor no honre sus obligaciones dentro del nuevo plazo<sup>72</sup>.

Al igual que los instrumentos de Derecho privado estudiados, el Marco Común de Referencia exige para el ejercicio de la facultad resolutoria, que se realice mediante una declaración por parte del acreedor, la cual debe ser comunicada al

70 *Idem*, pp. 141-147.

71 VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Unificación del derecho patrimonial europeo: Marco común de referencia y derecho español*, cit., p. 183.

72 *Idem*, p. 184.

deudor en un periodo razonable de tiempo, el cual contara desde que el acreedor supo del incumplimiento<sup>73</sup>.

Vale la pena resaltar, que de no cumplir con el requisito de comunicación al deudor en un tiempo razonable la facultad de resolver el contrato se pierde, puesto que se impone un deber de actuar de buena fe al acreedor.

#### ii. Resolución por incumplimiento esencial anticipado.

En esta categoría de resolución, se pueden agrupar las hipótesis consagradas en los arts. III.-3:504 y III.-3:505 sobre resolución por incumplimiento previsible y Resolución por inadecuada garantía del cumplimiento respectivamente.

El primero contempla la hipótesis en la cual el deudor manifiesta su voluntad de no cumplir o de que exista una seguridad absoluta de que no va a cumplir por otro motivo, caso en el cual no es necesaria determinación de plazo alguno por parte del acreedor para que pueda resolver el contrato. Así mismo se exige que la obligación contractual que ha expuesto el deudor que no va a cumplir o sobre la que se tiene seguridad de que no se va a cumplir debe ser de aquellas denominadas esenciales o fundamentales.

El segundo caso, es el referente al evento en el cual el acreedor de forma razonable piense que se producirá un incumplimiento catalogado como esencial de una de las obligaciones contractuales, evento ante el cual debe otorgar un tiempo al deudor para que este le ofrezca seguridades adecuadas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Si el deudor no facilita estas garantías solicitadas por el acreedor para asegurar adecuadamente el cumplimiento de sus obligaciones, en un tiempo razonable, el articulado faculta al acreedor a dar por resuelto el contrato de forma unilateral<sup>74</sup>.

## IV. CONCLUSIONES.

I. De la redacción de la cláusula resolutoria tacita, prevista en los arts. 1.546 CC y 871 CCom. colombianos, no se puede concluir que la resolución contractual por incumplimiento se debe pedir ante un juez, puesto que también puede significar, como se afirmó a lo largo del escrito, la facultad que otorga el legislador al acreedor por optar por la resolución del contrato o su cumplimiento, la primera de ellas judicial o extrajudicial y la segunda si ante el juez.

---

73 Ídem, p. 281.

74 GÓMEZ CALLE, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXV-I, 2012, p. 70.



2. El término resolución contractual es un término genérico, que abarca tanto la terminación unilateral del contrato como la resolución del mismo. La resolución del contrato tiene como consecuencia la cesación de los efectos del contrato hacia el pasado y hacia el futuro, es decir retroactivamente (ex nunc) haciendo volver las cosas a su estado anterior, como si el contrato nunca hubiera existido. No obstante, en los negocios jurídicos inmunes a ser destruidos retroactivamente, como los contratos de ejecución periódica o tracto sucesivo la resolución toma el nombre de terminación, cuyos efectos en el contrato obrarán hacia el futuro (ex nunc), no para el pasado.

3. La resolución unilateral por incumplimiento no es sinónimo de auto tutela y realización de justicia por propia mano, siempre y cuando no se emplee la violencia o las vías de hecho. Los efectos materiales (no jurídicos) de la resolución contractual solo se podrán llevar a cabo de forma voluntaria entre las partes, ya que si éstas no acceden a ello, será imperativa la intervención del Estado, por medio de los jueces y los tribunales.

4. A falta de una legislación clara en Colombia que regule de fondo el tema de la resolución unilateral de los contratos, la resolución unilateral debe ser la interpretación normativa moderna de la jurisprudencia y la doctrina colombianas; lo anterior no solo, con el fin de seguir las tendencias modernas legislativas así como de los instrumentos de derecho privados vistos, sino especialmente con el fin de colaborar a la celeridad a los negocios en el país, favorecer el cumplimiento de la finalidad económica de los contratos y muy especialmente en ayudar con la descongestión del sistema de justicia en Colombia.

## BIBLIOGRAFÍA

BOTERO ARISTIZÁBAL, L. F.: "Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el Derecho privado colombiano", en AA.VV.: *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por J. A. GAITÁN MARTÍNEZ, y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

CANOSA TORRADO, F.: *La resolución de los contratos. Actualizado con el Código General del Proceso Ley 1564 de 2.012*, 6ª ed., Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D. C., 2013.

CLEMENTE MEORO, M. E.:

- *La facultad de Resolver los contratos por Incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- "La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2.009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm 2.131, 2011.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.: *El Estado Empresario*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982.

GÓMEZ CALLE, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXV-I, 2012.

HINESTROSA FORERO, F.:

- *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- "Tutela del acreedor frente al deudor incumplido", *Revista de Derecho Privado*, núm. 31, 2016.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, UNIDROIT Y UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA: *Principios UNIDROIT: sobre los contratos comerciales internacionales*, 2004, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT y Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2008.

JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho privado, Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial, Tomo III Derecho de Contratos*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D. C., 2014.

JEREZ DELGADO, C.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo: Parte I y II, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.

MANTILLA ESPINOSA, F. y TERNERA BARRIOS, F.: "la resolución de los contratos en el derecho colombiano", *Revista Chilena de Derecho privado Fernando Fueyo Laneri*, núm. 5, 2005.

MARTÍNEZ, A. M.: "Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: ¿cómo afecta a los empresarios colombianos?", *REVISTA e-Mercatoria*, vol. 2, núm. 2, 2003.

MOLINA MORALES, R.:

- "La terminación unilateral del contrato ad nutum", *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 2006.
- "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento", *Revista de Derecho Privado*, núm. 17, 2009.

MONTAÑA CASANÍ, A.: "La 'actio quantiminoris' en la Convención de Viena de 1980 Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías", en AA.VV., *Fundamentos romanísticos de Derecho Contemporáneo, Tomo VII - Derecho de contratos*, (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), Editorial BOE, Madrid, 2021.

NAVIA ARROYO, F.: "La terminación unilateral del contrato de Derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, 2008.

ORDOQUI CASTILLA, G. y MIQUEL MARTÍN, C.: *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D. C., 2011.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª ed., Temis, Bogotá, 1999.

OVIEDO ALBÁN, J.:

- “El incumplimiento del contrato internacional”, *Revista Foro Derecho Mercantil*, núm. 14, 2007.
- “La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: antecedentes y desarrollos alternativos.” *Revista Foro de Derecho Mercantil*, núm. 29, 2010.

RENGIFO GARCÍA, E.: “La terminación y la resolución unilateral del contrato”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho privado Tomo II* (dir. por A. VENEGAS FRANCO, J. P. CÁRDENAS MEJÍA y F. MANTILLA ESPINOSA), Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

RIVERA RESTREPO, J. M.: *Del derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ GREZ, P.: “Pacta sunt servanda”, *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 18, 2008.

SANABRIA GÓMEZ, A.: “La resolución en el derecho colombiano”, en AA.VV.: *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por J. A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

TERNERA BARRIOS, F.: “Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en AA.VV., *La terminación del contrato: Nuevas tendencias del derecho comparado*, (dir. por J. A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA), Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, A.: *Derecho civil: de las obligaciones*, 10ª ed., Temis, Bogotá D. C., 2015.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Unificación del derecho patrimonial europeo: Marco común de referencia y derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011.



ÚLTIMAS SENTENCIAS EN MATERIA DE CLÁUSULAS  
ABUSIVAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN (II)

*LATEST JUDGMENTS ON UNFAIR TERMS. STATE OF PLAY (II)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 334-369*

María José  
REYES LÓPEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 9 de abril de 2024  
**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Este trabajo analiza las recientes sentencias del TJUE falladas durante la segunda mitad del año 2023 sobre la validez de determinadas cláusulas abusivas, en concreto: IRPH y su repercusión en la aplicación del derecho nacional.

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo hipotecario; cláusulas abusivas; comisión de apertura; IRPH; contratos consumidores.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the recent judgments of the CJEU issued during the second half of 2023 on the validity of certain unfair terms; in particular, IRPH and its impact on the application of national law.*

**KEY WORDS:** *Mortgage; unfair terms; arrangement fee; IRPH; consumer contracts.*

**SUMARIO.-** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. CONTRATOS CON CONSUMIDORES. RASGOS BÁSICOS.- 1. Contratación con cláusulas predispuestas. Notas características.- 2. Rasgos definitorios de los contratos con consumidores.- A) *El deber de información.*- B) *El principio de transparencia.*- C) *Criterios de la Comunicación del Consejo de 2019.*- III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD.- IV. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS EN 2023 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS.- 1. La cláusula sobre el IRPH. Significado.- 2. La STJUE de 13 de julio de 2023.- A) *Supuesto de hecho.*- B) *Cuestiones resueltas.*- C) *Interpretación sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo.*- D) *Inclusión de comisiones.*- 3. STJUE de 12 de octubre de 2023.- 4. STJUE 9 noviembre 2023.- 5. STJUE 23 noviembre 2023.- 6. STJUE 7 diciembre 2023.- V. CONCLUSIONES.

---

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En el pasado mes de julio publicaba en esta misma revista un artículo comentando alguno de los pronunciamientos del TJUE en materia de cláusulas abusivas durante el primer semestre. Entrados ya en el nuevo año procede comentar las habidas en los restantes meses con el fin de analizar la doctrina que dicho tribunal va consolidando en orden a conformar un cuerpo de doctrina sobre la interpretación y aplicación de cláusulas no negociadas individualmente. La trascendencia práctica de dicha doctrina en el ámbito interno se manifiesta con observar tan solo el elevado número de pronunciamientos que se han fallado por parte del TS durante estos últimos meses, que han versado particularmente sobre la imposición de determinadas comisiones e intereses impuestos en préstamos hipotecarios concertados con consumidores. De entre todos ellos merece destacarse la STJUE 13 julio 2023<sup>1</sup>, sin perjuicio de la importancia de las restantes. Para ello, se hará una somera referencia a los criterios generales establecidos sobre la contratación con cláusulas predispuestas y su fundamentación pasando seguidamente al análisis en particular de alguno de los pronunciamientos fallados durante el último semestre del 2023.

## II. CONTRATOS CON CONSUMIDORES. RASGOS BASICOS.

Los contratos con consumidores constituyen una modalidad específica, caracterizados por realizarse entre un consumidor o un usuario con un empresario para realizar una actividad fuera del ámbito de su actividad profesional o industrial, lo que excluye las relaciones que se estipulen entre particulares o empresas entre sí. Lo específico por tanto de esta modalidad es su regulación de las relaciones que se establecen entre dos sujetos que no son iguales dentro de las relaciones de mercado, previamente definidos en los arts. 3 y 4 del TRLGDCU, a sus propios

---

<sup>1</sup> STJUE 13 julio 2023, (TJCE 2023/124).

• **María José Reyes López**

Catedrática de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es.



efectos. Esta situación de desigualdad material marca todas las situaciones en las que interviene un consumidor, que, en el ámbito contractual se traduce, en que sus normas, a diferencia de la mayor parte de contratos que se realizan entre particulares, en los que predomina la autonomía de la voluntad de las partes, sean de carácter imperativo.

Las normas que rigen las relaciones contractuales exigen un comportamiento conforme a un deber de lealtad mínimo, así como que sus actuaciones sean conformes al principio de buena fe tanto en la fase de formación del contrato, como en la de su ejecución y cumplimiento. Dado, no obstante, que se trata de una categoría específica, todo contrato deberá ajustar su normativa, en primer lugar, a las disposiciones recogidas en el TRLGDCU, y, en su defecto, a la normativa civil o mercantil que corresponda, sin perjuicio de que, en el caso, frecuentísimo, de que se trate de contratos con condiciones generales, también tengan que acomodarse a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. En cualquier caso, el carácter estatutario y tuitivo de la normativa de protección al consumidor determina que la aplicación e interpretación de todas las normas deban hacerse en concordancia con el principio pro consumatore, conforme al principio de buena fe objetiva, incluso en los supuestos de omisión de información precontractual relevante. Con todo, el rasgo más significativo de estos contratos es que su regulación se hace mediante cláusulas no negociadas individualmente al tratarse de un modelo de contratación en masa o seriada, que requiere de una particular normativa que se ajuste a sus características, como se expone seguidamente.

### **I. Contratación con cláusulas predispuestas. Notas características.**

El modelo sobre el que se forjan las relaciones con los consumidores parte, como recuerda el TJUE, de la posición de debilidad que le rodea frente al empresario. Dicha visión genera consecuencias que no solamente afectan a dichas relaciones, sino también al mercado y se traduce en la existencia de mecanismos de defensa y protección para ambas entidades. En concreto, para remediar la situación de desequilibrio el TJUE tiene establecida una doctrina consolidada sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de condiciones generales de la contratación sobre cláusulas abusivas y la Comisión de la UE ha publicado una serie de criterios sobre las mismas en un informe de 2020 en el que sistematiza todas las dudas interpretativas sobre las que se ha pronunciado el TJUE. A ello se une que, con la idea de reequilibrar la posición de los contratantes, se hayan establecido normas que protegen al contratante débil y de regulación del mercado<sup>2</sup>.

---

2 La STS 18 junio 2012 ha aludido a esta doble función de la normativa de protección de los consumidores, al afirmar que su desarrollo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto Constitucional que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual,

El concepto de cláusula no negociada trae causa del art. 3.2 de la Directiva 13/93/CEE, que considera que una estipulación no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en el caso de los contratos de adhesión.

El elemento de la predisposición es el factor fundamental que hace que los adherentes a estas cláusulas sean merecedores de una tutela especial.

De este precepto derivan tres obligaciones que deben reunir las cláusulas predispuestas:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Esta obligación queda vinculada con la redacción de las cláusulas, que exige que estén escritas de forma que puedan ser comprendidas por el consumidor medio sin grandes esfuerzos, para lo que precisa que su redacción sea clara y no induzca a confusión.

Este primer apartado persigue que el consumidor pueda tener un conocimiento acertado de las condiciones del contrato antes de su firma para lo que se exige que se facilite su entrega sin reenvíos a otros textos, sin perjuicio de que se mencione su existencia en el documento contractual. La valoración de esta exigencia de claridad y de comprensibilidad de las cláusulas pactadas es lo que se conoce como control de transparencia, cuyo propósito es que el consumidor tenga un conocimiento real de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

Dicha claridad y comprensibilidad en las cláusulas está enfocada fundamentalmente al conocimiento del objeto principal del contrato y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Así lo estableció la STS 9 mayo 2013<sup>3</sup> y ha sido reiterado posteriormente por otras muchas. También dicho pronunciamiento determina que para evitar el control de contenido es necesario superar el segundo control de transparencia también llamado control de comprensibilidad real.

b) Accesibilidad y legibilidad.

La segunda obligación consiste en la aportación de los documentos necesarios por parte del empresario al consumidor. Estos deben poder conocerse y leerse

---

unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único...

3 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013\3088).

directamente, lo que impide reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, además de que debe hacerse una referencia expresa de su existencia en el documento contractual, ha de facilitar un ejemplar y constar la aceptación de la otra parte mediante la firma.

De manera explícita se exige que reúnan el requisito de 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 ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

El modo de procurar la accesibilidad ha de adaptarse a la forma del contrato y al procedimiento empleado para la contratación. La legibilidad afecta al clausulado que se presente por escrito, tanto en contratos que se celebran por escrito como en los orales en los que la información también precise lectura. Además, la información deberá ser legible siempre que se facilite en un "soporte duradero" y ha de facilitarse al menos, en castellano (arts. 60.4 y 98.I TRLGDCU).

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El primero de estos conceptos está vinculado con el modo de imposición del contenido contractual mientras que la valoración de si existe o no proporcionalidad entre los derechos y obligaciones de ambas partes requiere ser ponderado en cada concreta situación.

El primer presupuesto incide en la realización de un comportamiento dentro de lo que marcan los cánones de lealtad que rigen en las relaciones negociales mientras que el segundo se fija en que la relación establecida no suponga imposiciones que causen perjuicios notorios al consumidor porque las cláusulas del contrato se hayan fijado en interés exclusivo del empresario. En todo caso, cada relación contractual habrá de enjuiciarse en relación con los usos y costumbres, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa, siendo un criterio determinante que no prevalezca el interés exclusivo del predisponente. Sin embargo, como han reiterado las SSTs 11 mayo 2022<sup>4</sup> y 18 enero 2022<sup>5</sup> para que la cláusula sea abusiva no es preciso que se aprecie deslealtad o mala fe subjetiva en la entidad predisponente.

4 STS 11 mayo 2022 (RJ 2022\2185).

5 STS 18 enero 2022 (RJ 2022\55).

## 2. Rasgos definitorios de los contratos con consumidores.

### A) El deber de información.

Uno de los aspectos a los que ha dedicado una mayor atención el derecho de consumo ha sido el relativo a regular la información que tiene derecho a recibir el consumidor por parte del empresario antes de la celebración del contrato; esto es, el referido al período precontractual, que conforma todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes antes de que presten el consentimiento para la celebración del contrato, sin perjuicio de que deba mantenerse a lo largo de la vida del contrato.

Tradicionalmente se señala que uno de los pilares sobre los que se fundamenta esta normativa es en el derecho a la información, que surge precisamente con la pretensión de remediar alguna de las deficiencias existentes en el derecho de contratos regulado en el CC. A ello responde que inicialmente el art. 51 CE y posteriormente los arts. 2 LGDCU y 8 d) TRLGDCU recogiesen este derecho entre los denominados básicos de los consumidores, de contenido irrenunciable.

El art. 8 del TRLGDCU reconoce como derecho básico de los consumidores y usuarios el derecho a recibir una información correcta sobre los diferentes bienes o servicios. Se trata sin embargo de una mera declaración programática, que deberá reflejarse en las distintas normas sectoriales. Por otra parte, y con una mayor concreción, el art. 18 del mismo cuerpo legal regula el derecho del consumidor a recibir una información clara, comprensible y suficiente de las características esenciales de los bienes o servicios que se pongan a su disposición.

Los deberes precontractuales de información tienen su fundamento último en el principio de buena fe, que impone a las partes la obligación de comportarse lealmente en la fase previa a la celebración del contrato. La finalidad que se persigue al imponer estas obligaciones es que el consumidor o usuario disponga de la información suficiente sobre las características fundamentales del bien o servicio que se le ofrece para que de ese modo pueda formar correctamente su voluntad contractual. En este sentido cabe señalar que donde se ha reflejado su trascendencia ha sido sobre los vicios de la voluntad y, entre ellos, principalmente, sobre el error.

Estos deberes precontractuales recaen sobre el empresario, que es la parte más fuerte de estos contratos y quien suele proponer su celebración a los consumidores y usuarios, estando además su contenido en la mayoría de los casos prerredactado unilateralmente por él<sup>6</sup>. Este deber no tiene por qué abarcar el

6 PAZOS CASTRO, R.: *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; Íd.: "El control de transparencia en los préstamos hipotecarios indexados al IRPH", *Ley*

de aconsejar puesto que el obligado cumple con el mero hecho de transmitir la debida información a la otra parte<sup>7</sup>. Así, por ejemplo, en la cláusula multidivisa el prestamista tiene que suministrar la información precontractual sobre la carga económica de la cláusula, para que el prestatario conozca adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a la fluctuación de la divisa. Si no queda acreditado que facilitó esa información, se entiende que la cláusula no es transparente<sup>8</sup>.

Una información adecuada constituye el fundamento para conocer si el consumidor ha gozado de las condiciones necesarias e imprescindibles sobre las que configurar su consentimiento. Es en la norma recogida en el art. 20 TRLGDCU sobre información previa a la contratación donde el legislador pone especial énfasis en que la información dirigida al público e incluida en la oferta comercial se haga en términos claros, comprensibles y veraces, así como en formatos adecuados, accesibles y comprensibles para que los consumidores tengan una adecuada comprensión y tomen una decisión contractual óptima. Por ello, la elevación a principio básico en el ámbito constitucional se valoró como un avance incuestionable en la esfera de protección de los derechos de un sector de la población que se encuentra inmerso en un mercado en el que cada vez más prolifera un sinnúmero de prácticas comerciales que ofrecen múltiples productos de idénticas condiciones, cuyas diferencias de calidad y de prestaciones entre unos y otros son de difícil apreciación por parte del público; en el que la complejidad técnica de muchos de los productos o servicios resulta de confusa comprensión para un buen número de consumidores..., unido todo ello a una gran diversidad de modalidades comerciales, regidas por normativas distintas según se trate de contratación a distancia, venta fuera de establecimiento mercantil..., caracterizadas en su mayor parte por realizarse de forma verbal o mediante condiciones generales de la contratación en las que poco puede mediar el consumidor y en las que el vendedor suele ser un mero intermediario que cubre una notoria laguna entre el fabricante y el destinatario del bien o servicio o incluso, en muchas ocasiones, entre el cliente y el vendedor.

Este precepto cumple una función preventiva, al querer que el consumidor tenga un conocimiento razonable de lo que adquiere, cuáles son sus prestaciones y características, así como las expectativas que cabe esperar del producto o servicio. Se pretende, en suma, que el consumidor pueda configurar libremente su consentimiento. Desde esta perspectiva, se ha entendido que la información precontractual preceptiva, antes de que el consumidor y usuario quede

---

*Unión Europea*, núm. 82, 2020.

7 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 129.

8 SSTS 10 noviembre 2021, (RJ 2021\5002) y 10 de enero 2023, (RJ 2023\742). Lo explica la STS 27 septiembre 2022, (RJ 2022\4399): "no habiendo quedado acreditado que los prestatarios hubieran recibido una información precontractual sobre los riesgos del préstamo hipotecario multidivisa que estaban contratando, se incumplieron los deberes de transparencia".

vinculado por un contrato y oferta correspondiente, asegura una mejor decisión del consumidor, libre e informada y disminuye la probabilidad de anulación de contratos por error esencial. Por ello se ha predicado que el fundamento del deber de transparencia radica en el deber de suministro de información precontractual<sup>9</sup>.

Este derecho del consumidor se concreta en el ámbito de los contratos celebrados con consumidores en el art. 60 TRLGDCU, que impone al empresario la obligación de informar al consumidor o usuario antes de la celebración del contrato sobre las características esenciales del propio contrato y sobre aspectos concretos del bien o servicio, al tiempo que configura esta modalidad como una nueva categoría con rasgos propios.

Principalmente será el empresario quien, por esta vía de la integración del contrato según las exigencias de la buena fe quedará obligado al cumplimiento de determinadas obligaciones frente al consumidor. No obstante, su tratamiento no es específico, sino que se reconduce a los mismos criterios que regulan las relaciones obligatorias entre particulares si bien contando con unas salvaguardas encaminadas primero a respetar el funcionamiento de las normas del mercado, donde tiene especial importancia las dirigidas a proteger la competencia y, en segundo lugar, las dirigidas a mantener el equilibrio contractual entre las partes contratantes.

La relevancia práctica de la importancia y trascendencia del deber de información ha sido objeto de valoración nuevamente en la STJUE 21 septiembre 2023<sup>10</sup>, que ha incidido de manera particular en la obligación de informar al consumidor por parte del profesional sobre las características esenciales del contrato celebrado y de los riesgos inherentes al mismo, aun cuando dicho consumidor sea su empleado y disponga de un conocimiento adecuado sobre la materia objeto de dicho contrato.

La peculiaridad del caso radica en que la prestataria, que poseía un título universitario de posgrado, trabajaba para la entidad bancaria demandada desde hacía tres años y medio. En el concreto caso, AM, que era empleada de mBank celebró junto con PM, un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera. Debido a su formación y a su experiencia profesional poseía conocimientos relativos a las características esenciales y a los riesgos inherentes a ese contrato de préstamo que eran los de un consumidor más perspicaz que el consumidor medio. Basándose en esas facultades de la prestataria el órgano jurisdiccional competente

9 Según establecen las SSTS 23 enero 2019 (RJ 2019\93), (RJ 2019\92) y (RJ 2019\91) respectivamente. lo evaluado en la transparencia material es el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal en esas circunstancias hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula.

10 STJUE 21 septiembre 2023, (Asunto C-139/2022), (JUR 2023\347742).

pregunta si la prestamista estaba obligada a facilitar información sobre el riesgo de la hipoteca habida cuenta de dicha formación y experiencia profesional por parte de la demandante además de tratarse de una empleada de dicha entidad bancaria en la fecha de solicitud del préstamo.

En este caso, el TJUE parte de dos premisas. La primera de ellas se centra en que la exigencia de transparencia debe medirse en relación con el estándar objetivo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, dicho parámetro no excluye la información a consumidores que se encuentren en un nivel más avanzado de conocimientos. La segunda, que la obligación por parte de la empresa queda referida a la persona consumidora, por lo que debe atender al propósito que guíe sus actuaciones con independencia de cuál sea la actividad profesional que desarrolle. En respuesta a ello, responde que la cuestión planteada en relación con el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, debe interpretarse en el sentido de que un profesional está obligado a informar al consumidor de las características esenciales del contrato celebrado con él y de los riesgos inherentes a ese contrato, aun cuando sea su empleado y disponga de un conocimiento adecuado en la materia de dicho contrato. Se basa para ello en que la protección conferida por la Directiva 93/13 depende del propósito con el que actúe una persona física, a saber, aquel que es ajeno a la actividad profesional de esta, y no de los conocimientos particulares de que disponga.

#### *B) El principio de transparencia.*

Dependiente de cada relación, el deber de información puede integrar el contenido de las obligaciones de las partes, la propia actividad precontractual, los derechos de los que son titulares cada una de ellas o las condiciones del contrato... que se incorpora a lo debido contractualmente. Además, en algunas otras ocasiones por razones de política legislativa, entre las que tiene un peso considerable la transparencia en el mercado y la protección al más débil, interesa conocer con exactitud el alcance de los derechos y obligaciones de cada parte con el fin de delimitar el alcance de su compromiso<sup>11</sup>. Por ello, el control de contenido de las condiciones generales va más allá de lo que deriva del derecho imperativo y de los límites generales de la autonomía privada puesto que exigen además su conformidad con las normas del derecho dispositivo<sup>12</sup>. En este sentido, la finalidad última de la información no consiste solo en asegurar una decisión contractual consciente del contratante, sino que también incide en la competencia

11 GARCÍA VICENTE, J. R.: *La contratación con consumidores. Tratado de contratos*, T. 2, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1858.

12 MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Comentario al art. 82 TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *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*, Colex, Madrid, 2011, p. 716.

del mercado. Sobre esta premisa se han estructurado criterios de referencia desvinculados de las concretas relaciones, que es el principio de transparencia y que actúa también como presupuesto del orden concurrencial<sup>13</sup>.

La segunda fase del deber de información a cargo del empresario es distinguir entre conocimiento, comprensión y consentimiento por parte del adherente con el fin de proteger su libertad de decisión de contratar o no. La contratación estandarizada requiere añadir una base protectora con el fin de reequilibrar el equilibrio entre las partes contratantes. A tal fin, una vez superado el control de incorporación con relación a la observancia de los requisitos formales, la STS 18 junio 2012<sup>14</sup> introdujo como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, un nuevo presupuesto que fue el de verificar que el consumidor conocía el alcance de las cláusulas que aceptaba; esto es, que la cláusula no solo debe reunir los presupuestos de ser legible, comprensible y estar redactada en un formato que resulte fácilmente accesible al consumidor, sino que el consumidor debe ser consciente de las consecuencias económicas y jurídicas que entraña su firma. Como expresa posteriormente el TJUE, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato 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 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. Es preciso, por tanto, 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. Por tanto, no sólo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas y jurídicas<sup>15</sup>.

Este nuevo principio es el conocido como principio de transparencia, sin embargo, su falta de regulación, así como de otros mecanismos de protección y defensa del consumidor es la causa de que los tribunales tengan que seguir

13 GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”, cit., pp. 1860 y ss.

14 STS 18 junio 2012, (RJ 2012\8857).

15 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La protección del consumidor en los créditos o tarjetas revolving: la importancia de la información y el control de transparencia en su contratación”, *RGLJ*, núm. 1, enero-marzo 2021, pp. 103 y ss.



interpretando la Directiva 93/13, que ha ido consolidando criterios sobre su interpretación y aplicación.

La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para un consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así las consecuencias económicas de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. Lo decisivo es que, en el propio contrato, la cláusula informe de manera clara y comprensible de las consecuencias económicas y jurídicas que conlleva, y que no tenga un inadecuado tratamiento secundario que haga que pase desapercibida a un consumidor medio. Además, cada modalidad contractual exigirá atenerse a unos presupuestos específicos. Así, por ejemplo, en los préstamos indexados a una divisa, el profesional debe informar claramente al consumidor de que, al celebrar tal contrato, este se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de depreciación de la moneda en la que percibe sus ingresos.

La STS 9 mayo 2013<sup>16</sup>, en su epígrafe 211 establece dos criterios que resumen la función de la transparencia en los contratos no negociados:

a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) La declaración de transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Como explica dicho pronunciamiento en sus párrafos 210 y 211, el control de incorporación exige el cumplimiento de los arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU; esto es, la redacción debe ser clara y sencilla, y la información facilitada al consumidor debe ser accesible y posibilitar el conocimiento de dichas cláusulas por parte del contratante y, una vez superado dicho control debe someterse al “control de transparencia” propiamente dicho, que tiene por objeto “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica... como la carga jurídica” es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado,

---

16 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013\3088).

como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, 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”.

Esta interpretación sobre el alcance del principio de transparencia pasó a ser aplicada por el TJUE a partir de su sentencia de 20 septiembre 2017<sup>17</sup>, que determina que esta exigencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva (ap. 44)<sup>18</sup>.

En nuestro ordenamiento interno, esta configuración del control de transparencia se ha visto recogida en el art. 9 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y en el art. 14, que establece las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Igualmente, ha sido incorporado al art. 83 TRLGDCU, que, en su párrafo 2º sanciona que las cláusulas deberán ser transparentes.

El principio de transparencia implica un deber especial de información a cargo del profesional o predisponente. Por ello, la transparencia de una cláusula se valorará en función de la información que previamente deba conocer el consumidor. Como ha señalado el TS<sup>19</sup>, esta información variará de una cláusula a otra, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de los bienes o servicios que se contratan<sup>20</sup>, que deberán valorarse tomando como referencia los elementos de que disponía ese profesional en la fecha en que se celebró el contrato<sup>21</sup>.

La referencia que el juzgador debe tomar para apreciar la transparencia o no de una cláusula debe hacerse desde el momento de celebración del contrato<sup>22</sup> y con relación al denominado consumidor medio, que, según definición del

17 STJUE 20 septiembre 2017, (TJCE 2017\171), (Asunto C-186/16).

18 SSTJUE 3 marzo 2020, (Asunto C-125/18), (TJCE 2020\3) y 9 julio 2020, (TJCE 2020\167), (Asunto C-452/18), apartados 50 y 44. Esta doctrina se repite en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo: SSTS 27 septiembre 2022, (RJ 2022\4399); 4 octubre 2022, (RJ 2022\4406); 11 octubre 2022, (RJ 2022\4454); 30 noviembre 2022, (RJ 2022\5480) 10 enero 2023, (RJ 2023\445) y 16 enero 2023, (RJ 2023\784).

19 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013\3088).

20 MARÍN LÓPEZ, J.M.: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 45, 2023.

21 SSTJUE 9 julio 2020, (RJ 2020\1607), ap. 49 y 12 enero 2023, (TJCE 2023\17), ap. 42.

22 Al respecto, se pronuncia de forma específica la STS 776/2021, de 10 de noviembre, que considera que para apreciar si la cláusula es transparente, ha de analizarse conforme a todas las circunstancias que rodearon el momento de la celebración del contrato, por ser en ese momento cuando el consumidor decide si desea vincularse contractualmente a un profesional adhiriéndose a las condiciones redactadas por este último.

TJUE es el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de la cláusula litigiosa<sup>23</sup>, según ha reiterado la STJUE 15 julio 2023. Por tanto, la valoración de la transparencia excluye la referencia a un concreto consumidor que celebre el contrato.

Aunque el derecho de consumo es un derecho formalista en el sentido de incorporar al contrato todos los elementos que configuran la información al consumidor, como la mera incorporación al documento no es suficiente, habrá que valorar la relevancia de los distintos instrumentos que haya utilizado el empresario encaminados a la comprensión por parte del consumidor y, como también indicó la STS de 18 de junio 2012, estos mecanismos tienen que adaptarse a la complejidad de cada situación. Esta es la línea interpretativa que ha seguido el TS. De manera particular con relación a cláusulas concretas, la doctrina jurisprudencial ha establecido una serie de criterios por los que regirse.

Así, con relación a la imposición del tipo de interés referenciado al IRPH, el TS ha establecido que para juzgar la transparencia es preciso que el consumidor conozca previamente a la formalización del contrato la composición, la forma de cálculo del IRPH y la evolución pasada del índice durante los dos años anteriores a la celebración del contrato<sup>24</sup>, si bien anteriormente, la STS de 14 de diciembre de 2017 consideró que, tratándose de índices oficiales, publicados por el Banco de España, basta que superen el control de transparencia material de manera clara y comprensible en la escritura de préstamo, sin que fuese necesario realizar ninguna información adicional, sobre el cálculo de dicho índice, del mismo modo que no hay que explicar la metodología del cálculo del Euribor<sup>25</sup>, entendiendo que la cláusula IRPH, se reputa transparente porque “la publicación del IRPH en el BOE... permite al consumidor medio comprender... la composición y cálculo del IRPH”<sup>26</sup>. Aunque ha sido muy cuestionada esta afirmación<sup>27</sup>, el TS sigue sosteniendo este mismo criterio en la actualidad<sup>28</sup>.

23 STJUE 3 marzo 2020, (TJCE 2020\3), (Asunto C-125/18), ap. 51; STJUE 9 julio 2020, (TJCE 2020\167), (Asunto C-452/2018), ap. 46 y 55; ATJUE 3 marzo 2021, (TJCE 2021\50), (Asunto C-13/19), ap. 54 y 65; ATJUE 1 junio 2021, (TJCE 2021\188), (Asunto C-268/19), ap. 50.

24 SSTS 27 de enero 2022, (RJ 2022\629), (RJ 2022\553) y (RJ 2022\563).

25 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Un nuevo paradigma”, cit., p. 2047.

26 MARIN LÓPEZ, M. J.: “El control de transparencia”, cit.

27 ORDUÑA MORENO, F. J.: “Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «Las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH”, *Diario La Ley*, núm. 10331, 19 de julio 2023.

28 “... la publicación del IRPH en el BOE... puesto que, según el Tribunal Supremo, permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, puesto que se trata de un medio de general conocimiento para un consumidor medio. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH” (STS 42/2022, de 27 de enero).

C) *Criterios de la Comunicación del Consejo de 2019*<sup>29</sup>.

La Comunicación del Consejo de 2019 presenta, de manera estructurada, la interpretación que el Tribunal ha proporcionado sobre los conceptos y disposiciones claves de la Directiva 93/13/CEE, a la luz de los asuntos específicos de los que han conocido los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, resumiéndola en las tres siguientes:

i) las cláusulas que no estén redactadas de forma clara y comprensible se interpretarán de la forma más favorable para el consumidor.

ii) el objeto principal o la adecuación del precio y la retribución establecidos en el contrato están sujetos a una evaluación de conformidad con el art. 3, apartado I, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

iii) el incumplimiento de la exigencia de transparencia puede ser un elemento de la evaluación del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y un elemento indiciario.

### III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE vincula la transparencia con el juicio de abusividad porque la falta de la primera trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la 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 se vincule con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Sin embargo, como sostiene la STS 25 marzo 2015<sup>30</sup>, el juicio de abusividad queda conectado, pero no diluido en el juicio de transparencia, dejando patente que la constatación de la falta de transparencia es la causa de un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor.

En esencia, para que pueda realizarse el control de abusividad sobre una cláusula que afecta a los elementos esenciales del contrato ha de considerarse no transparente con carácter previo, sin que quepa un control de contenido directo. En efecto, aunque existen opiniones discrepantes<sup>31</sup>, la falta de transparencia no significa una inmediata declaración de abusividad por la evidente subrepticia alteración del equilibrio subjetivo de precio y prestación sino que, conforme

29 Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, (2019/C 323/04).

30 STS 25 marzo 2015, (RJ 2015\735).

31 ORDUÑA MORENO, F. J.: *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

estableció la STJUE 26 enero 2017<sup>32</sup>, debe el órgano juzgador, tras valorar la falta de transparencia, examinar su carácter abusivo y, en particular, si causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

Los pronunciamientos del TS distinguen entre lo que supone el proceso del control de abusividad como un proceso complejo, de la mera declaración de abusividad. Esta distinción implica reconocer la existencia de un análisis valorativo, tanto de la transparencia inicialmente, como de la abusividad con posterioridad. En definitiva, no se reconoce una conexión directa de la comprobación de falta de transparencia con declaración de abusividad, sin perjuicio que, como tantas veces se ha reiterado, tal falta de transparencia trae consigo, en el caso concreto, un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, es decir, la ausencia de transparencia genera consecuencias en el equilibrio, aunque podría no hacerlo. Dicha dicotomía la asume el TS cuando se pronuncia sobre la cláusula que fija el IRPH como índice de referencia para calcular los intereses remuneratorios en préstamos hipotecarios, sobre el que señala que, a pesar de no ser transparente, no es abusiva. En este mismo sentido, la STS 19 diciembre 2018<sup>33</sup> tampoco relaciona el art. 4.2 de la Directiva y la falta de transparencia con la declaración de abusividad de la cláusula, sino con el juicio de abusividad. Dicha distinción implica reconocer la necesidad de realizar una doble valoración tanto de la transparencia como de la abusividad, que es el criterio mantenido por la jurisprudencia que, al menos desde la STS 9 mayo 2013<sup>34</sup>, ha exigido el previo doble control o juicio de transparencia.

Tampoco se puede olvidar que actualmente el art. 83 TRLGDCU ha recogido la nulidad como sanción para aquellas cláusulas que se declaren no transparentes.

#### **IV. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS EN 2023 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

Establecidos estos criterios generales el paso siguiente es analizar cómo han sido adaptados a cada situación específica. Al respecto, ha habido pronunciamientos sobre la cláusula suelo, de vencimiento anticipado, comisión de apertura, cláusula multidivisa..., haciendo hincapié en la que adopta el IRPH como índice de referencia de forma específica.

##### **I. La cláusula sobre el IRPH. Significado.**

Un número considerable de los pronunciamientos habidos durante estos años sobre cláusulas abusivas ha concernido a la valoración sobre la cláusula que

32 STJUE 26 enero 2017, (TJCE 2017\31).

33 STS 19 diciembre 2018, (RJ 2018\5455).

34 STS 9 mayo 2023, (RJ 2013\3088).

referenciaba el tipo de interés en relación con el denominado IRPH. Por ello, su trascendencia no sólo económica sino jurídica es incuestionable<sup>35</sup> puesto que una buena parte de préstamos hipotecarios escogieron fijar el índice de valoración de su interés remuneratorio con relación al mismo, a pesar de su escaso conocimiento sobre su cuantificación y la ignorancia de que esta elección suponía un coste más elevado que si el interés se hubiese referenciado al Euribor.

El IRPH se denomina oficialmente tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices, y se calcula como la media aritmética simple de los precios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes, que son datos con valores más elevados que los tipos nominales.

En el año 2009, la Unión Europea obligó a España a eliminar los índices IRPH de Bancos y Cajas de Ahorro, sin embargo, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre<sup>36</sup>, de apoyo a los emprendedores y su internalización, cuando se eliminó el IRPH de Cajas, aunque no así el IRPH Entidades. Fue, por tanto, desde el 1 de noviembre de 2013 cuando los tres tipos de IRPH existentes hasta ese momento: IRPH Bancos; IRPH Cajas y IRPH Entidades de Crédito, desaparecieron y quedaron sustituidos por el IRPH de Entidades, por haber sido considerados poco transparentes. Actualmente, el índice habitual y más utilizado para préstamos hipotecarios es el Euribor, que presenta importantes diferencias con el IRPH. Mientras el primero es el tipo de interés al que los bancos de la eurozona prestan el dinero, el IRPH es la media simple de los tipos TAE de los préstamos hipotecarios a más de tres años adquiridos durante el mes al que viene referido el índice. Por tanto, a diferencia del Euribor, el IRPH no es un tipo nominal sino una TAE, que engloba todos los costes del préstamo medio, incluyendo intereses, comisiones...

El primer pronunciamiento relevante sobre el IRPH por parte del TS fue su sentencia de 14 diciembre 2017<sup>37</sup>. Dicha resolución ha sido seguida por la STS (Pleno) 6 noviembre 2020<sup>38</sup>, en la que dicho órgano ordenó sustituir este índice de préstamos hipotecarios por el euríbor más un diferencial, al ser la alternativa más beneficiosa para el consumidor. Sin embargo, en las posteriores sentencias de 6 y 12 de noviembre de 2020<sup>39</sup> el TS fijó como doctrina que el índice de

35 Según Asufin se ha apreciado que una décima parte de préstamos hipotecarios se encuentran referenciados a este índice.

36 Disposición adicional decimoquinta.

37 STS 14 diciembre 2017 (RJ 669/2017).

38 STS 6 noviembre 2020 (RJ 2020\3857).

39 STS 6 noviembre 2020 (RJ 2020\3857) y STS 12 noviembre 2020 (RJ 2020\4196).

referencia del interés remuneratorio, aunque la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva, siendo este el criterio que mantiene.

El TJUE se ha manifestado, por su parte, en la STJUE 5 marzo 2020<sup>40</sup>, que proporcionó orientación sobre la falta de transparencia de las cláusulas IRPH y su posible carácter abusivo. En ella se establece que las cláusulas IRPH deben someterse a un control judicial por falta de transparencia. En particular, se señaló que los jueces nacionales deben verificar si son comprensibles y también si se proporcionó a los consumidores la información necesaria para entender su funcionamiento y las implicaciones económicas que conllevan. Al respecto, establece que la Directiva 93/13, y en particular sus arts. 4, apartado 2, y 5, deben interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Más recientemente ha reiterado dicho criterio en la STJUE 13 julio 2023<sup>41</sup>, que se expone seguidamente.

## 2. La STJUE de 13 de julio de 2023.

La STJUE de 13 de julio incide nuevamente sobre la validez de la cláusula que impone como referencia el tipo expresado en el IRPH-Cajas, dando respuesta a la cuestión prejudicial promovida por el JPI núm. 17 de las Islas Baleares, si bien añade, respecto a la consolidada jurisprudencia establecida por el TJUE, la necesidad de analizar si dicho índice de referencia incluye también otras comisiones ya cobradas a cargo de otros conceptos.

Realmente, después del informe preparado por la Comisión sobre la aplicación de las cláusulas abusivas, no sería muy consecuente que el TJUE se manifestase en sentido contrario a sus propias decisiones. Es más, su publicación ha contribuido a la consolidación de la doctrina que ha fijado los presupuestos y efectos que conlleva la declaración de abusividad de una determinada cláusula. En concordancia con ello, la apreciación del carácter abusivo de una estipulación deberá atenerse a los criterios reiteradamente expresados por el TJUE en sus pronunciamientos, que, en aplicación del art. 4bis LOCPJ, constituye un cuerpo de doctrina que vincula a los órganos judiciales en la aplicación del derecho. Este criterio no obstante

<sup>40</sup> STJUE 5 marzo 2020 (TJCE 2020\31).

<sup>41</sup> STJUE 13 julio 2023 (TJCE 2023\124).

también deberá relacionarse con el principio establecido por el TJUE de que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la calificación de cláusulas supuestamente abusivas en función de las circunstancias específicas del caso concreto, sin perjuicio de la competencia del juez comunitario para deducir de los arts. 1.2 y 4.2 de la Directiva los criterios que aquel debe aplicar al llevar a cabo dicha calificación, dada la necesidad de que sean objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme.

En esta sentencia el TJUE también incide en que el control de transparencia debe valorar las informaciones precontractuales que, por cualquier medio, hayan sido proporcionadas al consumidor y, en lo relativo al análisis de la obligación de transparencia sobre la cláusula IRPH, considera relevante, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultasen fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado y, por otro, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. A tal efecto, considera especialmente pertinente que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato<sup>42</sup>, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de la evolución que había sufrido el IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible.

*A) Supuesto de hecho.*

El 12 de mayo de 2006, ZR y PI, por una parte, y el predecesor legal de Banco Santander, por otra, celebraron un contrato de préstamo hipotecario por la cantidad de 197.934,54 euros.

De conformidad con la cláusula 3 bis de dicho contrato, el tipo de interés era variable y, al término de cada período de doce meses, debía determinarse un nuevo tipo para los doce meses siguientes hasta que finalizase el plazo del contrato. El nuevo tipo de interés se fijó con relación a un «tipo de referencia» -el IRPH de las entidades de crédito, incrementado en 0,20 puntos porcentuales- o a un «tipo de referencia sustitutivo» -el IRPH de los bancos, incrementado en 0,50 puntos porcentuales-.

En el apartado 3 de dicha cláusula se define el tipo de referencia, como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las

---

<sup>42</sup> Orden Ministerial de 5 mayo de 1994, sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.



operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Sociedades de Crédito Hipotecario en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el BOE antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

Este mismo apartado 3 define en términos análogos el tipo de referencia sustitutivo, que resulta de aplicación en caso de no publicarse el tipo de referencia. Dicha cláusula expresa que tanto el tipo de referencia como el tipo de referencia sustitutivo se encuentran descritos en el anexo VIII de la Circular 8/1990.

El 13 de febrero de 2020, ZR y PI presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, que es el órgano jurisdiccional remitente, una demanda solicitando que se declarara la nulidad de la cláusula controvertida por ser abusiva y que se condenara a Banco Santander a reparar el perjuicio que supuestamente habían sufrido como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula.

ZR y PI alegan ante el citado órgano jurisdiccional que resulta engañoso que la cláusula controvertida remita, para revisar anualmente el tipo de interés de su préstamo, a los IRPH y que al mismo tiempo contemple un ligero incremento de estos, a saber, de 0,20 puntos porcentuales cuando se trata del IRPH de las entidades de crédito o de 0,50 puntos porcentuales si se trata del IRPH de los bancos. En tal sentido, consideran que presentarlo en tales términos, como un incremento relativamente limitado, incita a los potenciales prestatarios a suscribir un préstamo cuyo tipo será revisable por referencia al IRPH en lugar de por referencia al tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro «Euríbor», a pesar de que una referenciación al euríbor, con un incremento mucho mayor, incluso del orden del 2%, llevaría a aplicar un tipo de interés revisado menor. Esto deriva, según afirman, del hecho de que, a diferencia del euríbor, los IRPH se calculan sobre la base de tipos que tienen en cuenta las comisiones. Según los demandantes en el litigio principal, el perjuicio que sufrieron como consecuencia de la aplicación de la cláusula controvertida asciende a 39.799,25 euros.

La parte demandada en el litigio principal se opone a la referida demanda, en lo que se refiere tanto a la afirmación del carácter abusivo de la cláusula controvertida como a la evaluación del supuesto daño. Sostiene además que esta cláusula fue negociada individualmente y que es de fuente legal, puesto que, al constituir los IRPH índices oficiales y públicos y, por lo tanto, ser accesibles a los consumidores, estos podían conocer los datos relevantes en cuanto a su modo de cálculo y a su evolución histórica basándose en la información contenida en el contrato objeto del litigio principal.

En el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, los demandantes en el litigio principal alegaron asimismo que debía declararse la nulidad de la cláusula controvertida, puesto que, al designar un IRPH como tipo de referencia para las revisiones periódicas del tipo de interés del préstamo en cuestión, tendría que haberse previsto en ella la aplicación de un diferencial negativo, como exige la Circular 5/1994 y no de un diferencial positivo.

El órgano jurisdiccional remitente señala que el preámbulo de la Circular 5/1994 aunque carece de valor normativo, pone de manifiesto que la autoridad administrativa autora de dicha circular consideraba que la comercialización de productos referenciados a un IRPH debe ir acompañada de la aplicación de un diferencial negativo. En cuanto a la presentación de la cláusula controvertida, el órgano jurisdiccional remitente destaca que el contrato objeto del litigio principal no recoge las indicaciones que figuran en el citado preámbulo sobre la aplicación de un diferencial negativo a los IRPH para ajustarlos al tipo del mercado. Finalmente, con relación a los efectos de la cláusula controvertida, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la referencia a un IRPH es intrínsecamente desfavorable para los prestatarios, en la medida en que un índice de esa naturaleza está constituido por una media de los tipos de interés del total de las operaciones de préstamo en curso, tipos que comprenden, en parte, comisiones y aumentos. Con base en ello, el órgano jurisdiccional remitente considera que no haber informado a los prestatarios sobre el contenido del preámbulo de la Circular 5/1994 y, por tanto, sobre las características de los IRPH, ni tampoco, de manera más general, sobre los tipos respectivos de los IRPH y del euríbor puede ser contrario a la buena fe y crear un desequilibrio en perjuicio de los consumidores, lo que justificaría que la cláusula controvertida se califique de abusiva. Por otra parte, estima que la falta de información sobre el contenido del preámbulo de la Circular 5/1994, combinada con la aplicación de un diferencial positivo ligeramente inferior a los aplicados a los préstamos cuyos tipos se fijan por referencia al euríbor, podría constituir una estrategia comercial destinada a dar la impresión de que el coste de los intereses era ventajoso mientras que, comunicar a los potenciales prestatarios la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994, les permitiría tomar una decisión informada.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) Como para la confección del IRPH de las entidades de crédito en el que se han incluido las comisiones y los diferenciales aplicados a estas que se incorporan al tipo de interés son más gravosos para el consumidor que el resto de TAE del mercado, diferenciales que, en base a la normativa de la Circular 5/1994

del Banco de España criterio normativo del organismo regulador se establece la necesidad de que sean de negativos, lo que se ha omitido e incumplido por las entidades financieras de forma generalizada, ¿apartarse completamente del criterio normativo del órgano regulador se opone a los artículos 5 y 7 la Directiva [2005/29]?

2) Demostrado que apartarse del criterio normativo anterior se opone a los artículos 5 y 7 de la Directiva [2005/29], conforme a la jurisprudencia del TJUE en el asunto C-689/20 ¿esta práctica desleal constituye un indicio a la hora de valorar y apreciar el carácter abusivo de cláusula y se opone a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) ?

3) Si la Circular 5/1994 (RCL 1994, 2281) [...], propia del sector financiero, pero ajena al conocimiento general de la población, no fue objeto de ningún tipo de consideración, y se declara que se opone al artículo 7 a la Directiva [2005/29], ¿constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que debe de aplicar un control de transparencia a dicho índice que se compone de “índice de referencia y diferencial”?

4) ¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 una jurisprudencia nacional, a la vista de la regulación específica del IRPH es una práctica abusiva, no aplicar diferencial negativo a pesar de la necesidad impuesta en el preámbulo de la Circular [5/1994], ya que es menos ventajoso que todas las TAE existentes, y se ha comercializado el IRPH como si fuera un producto igual de ventajoso que el euríbor sin atender a la necesidad de adicionar un diferencial negativo y, por ende, se podría cesar en la contratación por considerarse nulas las cláusulas en las que se prevé su aplicación y abstenerse las entidades bancarias, en el futuro, de su utilización, ya que comercializar este servicio con consumidores vulnerables puede afectar al comportamiento económico y declararse su no incorporación a los contratos comerciales desleales al haberse integrado en el precio del interés contrario a la Directiva [2005/29]?

5) ¿Se opone al artículo 6.1 de la Directiva [93/13] no hacer un control de incorporación y abusividad ante un diferencial impuesto de forma oculta cuando el diferencial debe ser negativo en la oferta realizada por una entidad bancaria y que el consumidor en el momento de la fase de información precontractual no llegue a conocer el comportamiento económico del interés aplicado de su préstamo, por oponerse así la Directiva [2005/29]?<sup>43</sup>’.

43 AGÜERO ORTIZ, A.: “No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023”, *Revista Cesco de derecho de consumo*, núm. 47, 2023.

B) *Cuestiones resueltas.*

Con anterioridad a esta sentencia, tanto el TS como el TJUE se habían pronunciado sobre tres cuestiones relacionadas con este índice. En concreto, la primera de ellas, a si la opción por el IRPH como índice de referencia queda afecta al precio total del préstamo hipotecario, que el art. 4.2 identifica con las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra; la segunda, sobre si el IRPH se trata de un índice legal de obligada referencia y por tanto excluido del control de incorporación y, la tercera, sobre si el consumidor debe darse por informado debidamente sobre la naturaleza de este índice al haber sido publicado en el BOE.

Respecto al primer apartado, el TJUE ha precisado que las cláusulas incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” se corresponden con aquellas que regulan las prestaciones esenciales. Su fundamento reside en que para que exista plena libertad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado es preciso que el consumidor tenga un conocimiento exacto del precio y de las condiciones completas de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Por ello, la relación entre precio y contraprestación pasa a ser trascendente cuando dicha ecuación no se haya expresado de forma transparente por faltar la base de su exclusión del control de contenido, que es el consentimiento<sup>44</sup>. Dicha razón es la que justifica, como estableció la STJUE 30 abril 2014<sup>45</sup>, que las cláusulas no sólo deban ser claras y comprensibles gramaticalmente, sino que deben estar expresadas de forma que el adherente pueda percatarse de las consecuencias económicas y jurídicas que derivan de su aceptación siendo este el criterio mantenido por la Comisión Europea desde hace ya dos décadas que acogen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE, las cláusulas que estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio<sup>46</sup>. Lo determinante residirá por tanto en valorar cómo la cláusula ha podido desvirtuar la comprensión que de dicha oferta tenía el consumidor<sup>47</sup>. Sin embargo, la labor concreta de discernir entre cláusulas principales y accesorias compete al juez nacional, quien, a la luz del criterio restrictivo indicado, habrá de apreciar si una cláusula constituye o no un componente esencial de la prestación a cargo del consumidor o el profesional, atendiendo a la naturaleza, sistema general y estipulaciones del contrato litigioso, valorado en su contexto jurídico y de hecho.

44 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en *Tratado de contratos*, T. 2, Tirant lo Blanch, 2020, p. 2041.

45 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014/1165).

46 NAZÁBAL BARANDA, R., “Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 1602-1617.

47 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión”, cit. p. 2042.

Con relación a la segunda cuestión, el problema gira en torno a si las cláusulas que se remiten a disposiciones legales deben ser sometidas a control de abusividad, así como si cabe considerar que puede establecerse en condiciones generales y aplicarle por tanto la normativa de protección al consumidor.

La finalidad perseguida por el TJUE es que el consumidor sea consciente de la naturaleza del índice que ha escogido, aunque sea superior al Euribor. El criterio que sigue al respecto el Tribunal Supremo es que el consumidor medio debe tener al menos conocimientos suficientes para leer las disposiciones publicadas en el BOE y a falta de un mínimo nivel de duda, también debe de ser capaz de preguntar e informarse sobre el contenido del contrato de préstamo. Precisamente este último pronunciamiento sobre el IRPH expresa la duda sobre el posible carácter abusivo de una hipoteca variable en la que se fijaba la revisión anual según el IRPH de los establecimientos de crédito más un diferencial del 0,20% o el IRPH de los bancos más un diferencial del 0,50%. Poco añade dicha resolución a lo fallado en sentencias anteriores<sup>48</sup>, entre otras razones porque no es competencia de este órgano jurisdiccional pronunciarse sobre cuestiones que afectan al derecho nacional de cada Estado. En esta línea, el TJUE declara que debe corresponder al juez nacional evaluar el posible incumplimiento de las "exigencias de la buena fe", y la existencia de "un posible desequilibrio importante" en perjuicio de los consumidores, siempre atendiendo a los elementos del contrato y a las indicaciones que el Tribunal Europeo ha ido realizando sobre esta cuestión a lo largo de los años.

Si bien es cierto que el EURIBOR es el índice predominante para los préstamos hipotecarios, estas cláusulas IRPH fueron incluidas en muchos contratos de préstamos hipotecarios en España, especialmente durante el período anterior a la crisis financiera de 2008<sup>49</sup>. Como consecuencia de ello actualmente todavía restan muchos préstamos hipotecarios sujetos a dicho IRPH, que de aceptar el criterio que sostiene una parte considerable de la doctrina supondría la declaración de su carácter nulo por abusivo, con el correspondiente reembolso a los afectados de sus cantidades más la indemnización por los daños generados, que podrían llegar al millón, mientras que, según diferentes estimaciones, una sentencia favorable a los clientes podría suponer la devolución a los mismos de entre 3.600 millones de euros, según Barclays, y 44.000 millones de euros, conforme las estimaciones de Goldman Sachs<sup>50</sup>.

El IRPH se trata de un índice de referencia legal cuya opción depende de lo establecido por las partes, pero en modo alguno consiste en un índice de obligado

48 Anteriormente se había pronunciado en la STJUE 3 marzo 2020 y AATJUE 17 de noviembre 2021.

49 FRANCH FLUXÀ, J.: "La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH", *La Ley mercantil*, núm. 107, noviembre de 2023.

50 *Conflegal*, 13 julio 2023.

sometimiento, puesto que se considera una opción y no una imposición. De ello deriva que no puede considerarse dentro de los supuestos recogidos en el art. 1.2 de la D. 93/13/CE y que, al no quedar incluido en dicho precepto y afectar al objeto principal del contrato de préstamo dicha cláusula deberá someterse al principio de incorporación material y de transparencia.

El art. 1.2 de la Directiva de cláusulas abusivas dice que «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva». Dicha exclusión debe vincularse con la previsión contenida en el art. 4.2, conforme al cual “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, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible” y supone que se han de reproducir las disposiciones legales, reglamentarias o convencionales vigentes aplicables al tipo contractual al ser preciso que la cláusula refleje la disposición que deba ser aplicada, ya imperativamente, con independencia de la elección de los contratantes, ya con carácter supletorio, para el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa, sin perjuicio, en todo caso, de que aunque estas cláusulas gocen de la presunción de licitud, la norma legal no haya de ser parámetro directo de validez, que puede ser desmentida mediante la utilización ponderada de los demás criterios rectores de su evaluación<sup>51</sup>.

Finalmente, con relación al tercer aspecto, la postura sostenida por el TS parte de la premisa de que las normas publicadas por el Banco de España han sido sometidas a controles previos de supervisión. Resulta sin embargo difícil de entender su conclusión de que a pesar de no ser transparente no es abusiva, puesto que dicha falta de transparencia implica además que se le han omitido al consumidor datos que se consideran esenciales para configurar su consentimiento, que ya de por sí implicaría un elemento para considerar su carácter abusivo por falta de transparencia<sup>52</sup>. En este sentido, la STS 27 enero 2022<sup>53</sup>, salvó, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH al afirmar que no se trata de una cláusula abusiva en tanto se ha

51 CARBALLO FIDALGO, M.: “La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de La Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2022, vol. 14, núm. 1, pp. 65-87.

52 PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo”, *Almacén de derecho*, núm. 28, 2023; PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Una nota sobre la STJUE de 13 de julio de 2023 sobre la cláusula IRPH”, *Almacén de derecho*, 24 julio 2023.

53 STS 27 enero 2022 (RJ 2022\722).

impuesto una cláusula que se encontraba publicada en el BOE y que cumplimenta adecuadamente la información que se debe dar al adherente<sup>54</sup>, lo que impide considerar que se trata de una norma contraria a la buena fe puesto que fue elegida por el usuario que pudo optar por el Euribor como referencia. Contrariamente a ello se ha expresado que dicha consulta al BOE por parte de un consumidor medio no puede detectar la condición fundamental en la que se basa el desequilibrio, consistente en hacer pasar una tasa efectiva por un tipo nominal. Por su parte, la STJUE 3 marzo 2020<sup>55</sup> determinó que la cláusula para ser transparente requiere no sólo que sea fácilmente comprensible para el consumidor medio, sino que éste pueda percatarse de las consecuencias económicas y jurídica que ello le reporta. En dicho caso el TJUE consideró que el IRPH se trata de un índice más elevado para el consumidor que si hubiese optado por el Euribor, de lo que deriva la conveniencia de mencionar al cliente que, a estos efectos, la exposición de motivos recomendaba la aplicación de un índice de referencia negativo para que quedase asimilado a las restantes TAE, como señalaba la Circular 5/1994.

El Tribunal Europeo señala que para determinar si existió transparencia suficiente en el contrato hipotecario acerca del IRPH se debe tener en cuenta la Circular 5/1994 del Banco de España que recogía la necesidad de aplicar dicho diferencial negativo. Esta circular lo que hacía era añadir un anexo a otra circular anterior, la Circular 8/1990, donde se definía este índice IRPH en las tres modalidades del IRPH Bancos, Cajas y entidades.

En el preámbulo de la Circular 5/1994, el propio Banco de España advertía de que este índice, por estar conformado con la media de las TAE, se iba a encontrar siempre por encima del valor de mercado, por lo que para equilibrar el sobreprecio que conlleva el IRPH, se tendría que acompañar de un diferencial negativo. De hecho, dicho diferencial negativo sólo se ha llegado a incluir en los préstamos sobre vivienda protegida, ya que se trata de contratos supervisados por la Administración, pero no se ha respetado en los préstamos de vivienda libre en los que incluso se añadía un diferencial que incrementara aún más el tipo de interés aplicable. En consecuencia, el carácter abusivo de la cláusula que referencia el interés en un préstamo hipotecario de interés variable al IRPH radica en la falta de información previa al contrato por parte de la entidad financiera de su incidencia sobre el coste del crédito.

En el caso de esta última STJUE de 15 de julio de 2023 se intenta precisar el contenido de la información que debe proporcionarse al consumidor en las cuestiones prejudiciales que se interponen por parte del JPI núm. 17 de Palma

54 ORDUÑA MORENO, F. J.: "La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la Unión Europea: Una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia". Informe I+Dret, abril 2022.

55 STJUE 3 marzo 2020, (TJCE 2020\3).

de Mallorca, sin embargo, el alcance de alguna de ellas sobre la interpretación de normas de derecho interno impide que se pueda pronunciar sobre las mismas y se tenga que limitar a reiterar su doctrina.

En esta sentencia el TJUE da las claves para valorar si la inclusión del IRPH como índice de referencia supera el control de transparencia y de abusividad, cláusula que es declarada por el TS no transparente pero no abusiva. Con relación a este índice, la información debería centrarse en si se conoce que su elección implica aceptar o no que resulta más oneroso que el Euríbor. Para constatar la existencia de dicho conocimiento se exige que documentalmente se aporte la evolución de los dos últimos años, así como que se le haya informado de la previa exigencia de aplicar un índice negativo, obligación esta última que se cuestiona y que por el momento el TS ha resuelto entendiendo que, al tratarse de un índice legal, publicado en el BOE, no precisa de ulterior información.

El problema que presentaban estas cláusulas se originaba porque los índices IRPH son más altos que otros índices de referencia, como el Euríbor. Sin embargo, cuando el prestamista ofrecía al prestatario un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de referencia IRPH, normalmente le incentivaba a aceptarlo a través de la oferta de un diferencial más bajo, lo que hacía que se presentase como un producto más competitivo, cuando la realidad era que se había contratado un préstamo más oneroso que otro préstamo referenciado con Euríbor, aunque su diferencial fuera más alto. Por tanto, teniendo en cuenta que el índice IRPH es un tipo de interés variable del que el consumidor medio suele desconocer su metodología de fluctuación, el adherente podría sentirse influenciado a aceptar la oferta por el dato del precio, siendo que, un préstamo referenciado a IRPH provoca intereses más altos para los prestatarios por la propia metodología de cálculo. Desde esta tesitura, la cuestión radica en valorar si por la información aportada en la fase contractual el consumidor se encuentra en condiciones de percatarse de las consecuencias económicas que derivan a su cargo por la inclusión de este índice. Para ello se establece como premisa que el consumidor necesita saber que es más costoso que el Euríbor y que en épocas de bajada es más reticente a la bajada que éste último. Además, es necesario que se le haya aportado una información comparativa sobre la evolución de este índice en los dos últimos años junto al Euríbor a fin de que pueda apreciar las diferencias existentes entre ambos. El perjuicio para el consumidor no consiste por tanto en que el precio sea más o menos costoso sino en que la aplicación de la cláusula supone que el interés es distinto del que se había representado el consumidor en función de una cláusula contractual incompleta<sup>56</sup>. La abusividad consiste por tanto en evitar que el consumidor se beneficie de las bajadas de tipos.

---

56 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: "Los contratos de adhesión", cit., p. 2044.



Todo ello aboca a que respecto a las cuestiones que le son preguntadas al TJUE en la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado núm. 17 de Palma de Mallorca, el tribunal se limite a determinar que son los jueces nacionales a quienes compete evaluar si las cláusulas IRPH eran comprensibles para los consumidores y si estos fueron adecuadamente informados sobre su funcionamiento y las implicaciones económicas. Al respecto, el TJUE establece que ello requiere un examen particularizado de cada caso y de sus circunstancias, y entender que la complejidad del índice exige que el contrato contenga la mención a la información que se considere esencial dada la naturaleza de los bienes contratados y disponer de elementos suficientes para, así, claramente comprender el método de cálculo del índice de referencia. De ahí, que, no se puede obviar que la propia Circular de 1994 establece dos exigencias cuyo incumplimiento dejaría clara constancia de la mala fe de la entidad que concede el préstamo. Como se ha adelantado, se exigía en concreto como información que había que facilitar al consumidor para que pudiera comparar: a) un apunte sobre la evolución en los dos años naturales previos del índice de referencia, así como su último valor disponible y, b) la información relativa al índice de referencia con la aplicación de un diferencial negativo. Sobre el conocimiento de estas circunstancias, el TJUE considera que el hecho de que el Banco de España advirtiera a las entidades sobre la necesidad de aplicar diferenciales negativos, en el preámbulo de su circular se convierte en una información insoslayable para el consumidor, al tiempo que no considera suficiente exponer solamente la definición del índice, sino que se debe asimismo informar de los elementos que lo componían con el fin de que el usuario conociera su funcionamiento según la norma que lo calculase e informar al cliente de la evolución que había sufrido en el pasado.

Dicha interpretación, en relación con el alcance que debe darse al principio de transparencia debe aplicarse de manera extensiva según criterio mantenido por el TJUE<sup>57</sup>. Sin embargo, este iter difiere del seguido por el TS, que ha ido restringiendo el criterio de su interpretación<sup>58</sup>. El primero sigue un criterio en el que valora e incluye todos los elementos que pueden aportar al consumidor una mayor comprensión de los elementos que configuran el contrato mientras que el TS ha optado por una interpretación restrictiva<sup>59</sup>.

*C) Interpretación sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo.*

La STJUE finaliza exponiendo que, tanto para determinar la transparencia como la posible abusividad de la cláusula, será determinante que se haya informado

57 También, en su reciente STJUE 13 julio 2023 mantiene que debe darse información suficiente, aunque se trate de u consumidor que trabajase en dicha entidad y tuviese conocimientos suficientes para valorar las repercusiones de la aceptación de dicho contrato.

58 Este sentido restrictivo puede apreciarse contrastando los criterios expuestos en sus SSTs 18 de junio 2012; 9 mayo 2013 y 15 noviembre 2017.

59 FRANCH FLUXÀ, J.: "La protección del consumidor", cit.

al adherente acerca de las advertencias del Banco de España de que el IRPH debe ir acompañado de un diferencial negativo. Este es uno de los puntos más controvertidos. Implica establecer si un diferencial negativo es en sí mismo una obligación, o si simplemente se trata de una aclaración que evidencia que se trata de un índice que tiene un valor por encima del mercado que es necesario corregir, pero que no obliga a su inclusión. Si consiste en una verdadera obligación, el hecho de no incluir ese diferencial negativo implica la nulidad de la cláusula. Y este tipo de nulidad afecta tanto a consumidores como a no consumidores. Pero si se trata de nulidad por falta de transparencia y por abusividad sólo la pueden pedir quienes sean consumidores. Al respecto, la STJUE 13 julio 2023<sup>60</sup> se pronuncia en el sentido de que para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente facilitar el contenido de la información incluida en otra circular. De ello se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el del mercado. Igualmente se aprecia que es necesario que dicha información sea suficientemente accesible para un consumidor medio. Nada nuevo que no hubiera señalado el TJUE, en la ya citada sentencia de 3 de marzo 2020.

#### *D) Inclusión de comisiones.*

La STJUE en su párrafo 67 señala que, "... , dado que, a tenor del preámbulo de la Circular 5/1994, los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista." En su anterior sentencia no se había pronunciado sobre su existencia, por ello, esta resolución presenta como novedad la apreciación de que el juzgador español debe valorar si este índice incluye comisiones comprendidos en otros conceptos, dado que, al calcularse con los valores medios de las TAE, ya incluye los valores medios de comisiones y gastos, lo que podría generar dobles retribuciones.

### **3. STJUE de 12 de octubre de 2023.**

La STJUE 12 octubre 2023<sup>61</sup> incide sobre una cuestión que tuvo una repercusión relevante en nuestro sistema puesto que resultado de sus consideraciones fue la reforma consistente en limitar la función de los tribunales al declarar la nulidad de

<sup>60</sup> STJUE 13 julio 2023 (TJCE 2023\124).

<sup>61</sup> STJUE 12 octubre 2023 (JUR 2023\374430).

una cláusula por abusiva en contra del criterio establecido anteriormente de que era a los jueces a quien competía establecer cómo debía seguir entendiéndose en el futuro el contrato para que pudiese resultar aplicable. Este pronunciamiento plantea las mismas cuestiones sobre la que posteriormente incide la STJUE 7 diciembre 2023<sup>62</sup>.

Esta sentencia declara que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, cuando un juez nacional declara la imposibilidad de mantener un contrato después de la supresión de una cláusula abusiva y el consumidor afectado manifiesta la intención de que se mantenga ese contrato modificando dicha cláusula, ese juez pueda pronunciarse sobre las medidas que deben adoptarse para que se restablezca el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes de dicho contrato sin examinar previamente las consecuencias de la anulación del mismo contrato en su totalidad, aunque dicho juez tenga la posibilidad de sustituir la referida cláusula por una disposición del Derecho interno de carácter supletorio o por una disposición aplicable en caso de acuerdo entre esas partes. Se trata, en suma, de un criterio consolidado que atiende a la correcta función que los jueces tienen encomendada que no es la creación del derecho sino su aplicación.

El TRLGDCU de 16 de noviembre de 2007 reconocía en su art. 83 la facultad del Juez de integrar el contrato cuando subsistía el contrato, así como de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor; sin embargo, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó dicho precepto estableciendo que al juez sólo le compete declarar la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato.

La sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional es admitida por el TJUE cuando la inaplicación de la cláusula enjuiciada obligue al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, dejando al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Tal circunstancia concurría en el asunto resuelto por la sentencia de 30 abril 2014<sup>63</sup>. En este caso, el tribunal hubo de pronunciarse sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula definitiva del deber de reembolso del consumidor prestatario de un préstamo hipotecario. Bajo el presupuesto de que, de apreciarse efectivamente la abusividad y consecuente inaplicación de la cláusula, el contrato no podría subsistir, el TJUE admite su sustitución por una norma jurídica de derecho nacional<sup>64</sup> habida cuenta de que la aplicación del derecho supletorio permitía restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes y concluye que “el artículo 6,

62 STJUE 7 diciembre 2023 (JUR 2023\432901).

63 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014\105), Asunto Kásler y Káslerné Rábai.

64 En este caso, el art. 237.2 del Código civil húngaro.

apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional" (apartado 85)<sup>65</sup>.

#### 4. STJUE 9 noviembre 2023.

La STJUE 9 noviembre 2023<sup>66</sup> se pronuncia sobre la validez de una cláusula de vencimiento anticipado de un crédito garantizado con la vivienda familiar, estableciendo que los arts. 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el control jurisdiccional del carácter abusivo de una de estas cláusulas incluida en un contrato de crédito al consumo no tiene en cuenta la proporcionalidad de la facultad atribuida al profesional de ejercitar el derecho que le confiere dicha cláusula, a la luz de criterios relativos, en particular, a la importancia del incumplimiento por parte del consumidor de sus obligaciones contractuales -como el importe de los plazos vencidos que no se hayan satisfecho con respecto al importe total del crédito y a la duración del contrato- y a la posibilidad que la aplicación de esa cláusula ofrece al profesional de proceder al cobro de las cantidades que en virtud de la propia cláusula se adeudan mediante la venta, al margen de cualquier proceso judicial, de la vivienda familiar del consumidor.

En el concreto caso, las partes litigantes suscribieron un contrato de crédito al consumo, reembolsable durante un plazo de veinte años, asegurado con una garantía real sobre la vivienda familiar en la que residían los prestatarios. Al haber incurrido en mora y antes de transcurrir un año desde su celebración la entidad financiera reclamó la devolución de la totalidad de las cantidades adeudadas sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado incluida en este y les notificó su ejecución de ejecutar la garantía mediante la venta en subasta extrajudicial del inmueble sobre el que se constituyó la garantía. Los prestatarios presentaron una demanda de suspensión de la venta.

El órgano jurisdiccional remitente, considerando de especial importancia proteger los derechos de los consumidores, entre ellos su derecho a una vivienda frente a un eventual perjuicio desproporcionado, plantea al TJUE si la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado debe tener en cuenta la gravedad del incumplimiento de las obligaciones del consumidor en relación con el importe

65 CARBALLO FIDALGO, M.: "La Directiva 93/13/CEE" cit., pp. 65-87.

66 STJUE 9 noviembre 2023 (JUR 2023\406110), (Asunto C-598/21).

del préstamo y el plazo de reembolso, toda vez que en este caso se aplicó antes de transcurrir un año tras la celebración del contrato de crédito y tener este una duración de veinte años.

El TJUE señala que para establecer el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario de larga duración que fija las condiciones en las que el acreedor puede exigir su reembolso anticipado es esencial determinar, entre otras cuestiones, si esta facultad conferida al acreedor está prevista para los casos en los que el incumplimiento de la obligación del consumidor tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo. Para ello, el juez nacional debe examinar el carácter proporcionado de la posibilidad de exigir la totalidad de las cantidades adeudadas teniendo en cuenta el importe de los vencimientos que no han sido satisfechos en relación con el importe total del crédito y con la duración del contrato. Además, tratándose de un contrato de crédito al consumo garantizado por la vivienda familiar, el juez nacional, en su análisis del eventual desequilibrio contractual creado por la referida cláusula, también ha de tener en cuenta que su aplicación puede, en su caso, dar lugar al cobro por el acreedor de las cantidades que en virtud de la propia cláusula se adeudan mediante la venta de esa vivienda al margen de cualquier proceso judicial. En atención a todo ello, la sentencia concluye que si el juez nacional constata que la cláusula de vencimiento anticipado permite al profesional ejercitar ese derecho de reclamar el reembolso anticipado del saldo deudor sin tener en cuenta la importancia del incumplimiento de los consumidores en relación con el importe concedido y la duración del préstamo, tal constatación podría llevar al referido órgano jurisdiccional a tener que considerar que la cláusula es abusiva, en la medida en que crearía un desequilibrio importante en detrimento de los consumidores, contrariamente a las exigencias de la buena fe, habida cuenta del conjunto de circunstancias en las que se celebró el contrato y de las que el profesional podía tener conocimiento en el momento de su celebración.

## 5. STJUE 23 noviembre 2023.

La STJUE 23 noviembre 2023<sup>67</sup> establece el carácter abusivo de la cláusula de costes del préstamo no correspondientes a intereses si prevé el pago de gastos desproporcionados respecto al servicio prestado. Además de ello, reitera en su argumentación el criterio de que, si el órgano jurisdiccional comprobase que las cláusulas no están redactadas de manera clara y comprensible, deberían ser objeto de una apreciación de su eventual carácter abusivo, aunque esas cláusulas formen parte del objeto principal del contrato o se impugnen a la luz de la adecuación del precio o de la retribución a los servicios prestados como contrapartida.

67 STJUE 23 noviembre 2023 (JUR 2023\41902).

## 6. STJUE 7 diciembre 2023.

Finalmente, la STJUE 7 diciembre de 2023<sup>68</sup> se pronuncia sobre los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula que implica la nulidad del contrato de préstamo pactado con un consumidor, declarando que: los arts. 6, apartado 1 y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que, en el contexto de la anulación íntegra de un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor por una entidad bancaria que contiene una cláusula abusiva sin la cual no puede subsistir, se oponen a la interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual el ejercicio de los derechos que la citada Directiva confiere al consumidor está supeditado a la presentación por su parte, ante un órgano jurisdiccional, de una declaración en la que afirme, en primer lugar, que no consiente en que se mantenga dicha cláusula; en segundo lugar, que tiene conocimiento, por un lado, del hecho de que la nulidad de tal cláusula implica la anulación del citado contrato y, por otro lado, de las consecuencias de esta anulación, y, en tercer lugar, que consiente en que se anule el referido contrato.

## V. CONCLUSIONES.

Lo expuesto pone de manifiesto la existencia de una doctrina consolidada sobre cláusulas abusivas por parte del TJUE cuya interpretación vincula a los órganos nacionales en la aplicación de la Directiva 93/13/CE. A ello ha contribuido también el Informe de la Comisión de 2019, que ha sistematizado las cuestiones que han resultado de mayor conflictividad. Sin perjuicio de ello y, en cualquier caso, son los Estados a quienes compete pronunciarse sobre las cuestiones interpretativas y armonizadas en sede de derecho interno. En este sentido, el último pronunciamiento sobre el carácter abusivo o no del IRPH ha puesto nuevamente en manos del Tribunal Supremo la decisión de tener que valorar caso por caso dicho índice y, particularmente importante por ser esta una cuestión sobre la que no se había pronunciado anteriormente este órgano, analizar si su cálculo integra comisiones satisfechas en otros conceptos.

La STJUE 13 julio 2023 no varía lo que conforma un cuerpo doctrinal sobre la consideración de abusividad de las cláusulas predispuestas y deja al criterio de los tribunales nacionales verificar si la información dada al consumidor incluye esta aclaración del Banco de España, y si es “suficientemente accesible para un consumidor medio” que tuviera “conocimiento de los métodos de cálculo del índice de referencia”. Si dicho criterio se vincula con el expuesto por parte del Tribunal Supremo la conclusión es que hay que analizar caso por caso la trascendencia de esa falta de comprensión del IRPH, cláusula que el mismo tribunal ha calificado como no transparente pero no por ello abusiva. Por tanto, recae sobre el juez

---

68 STJUE 7 diciembre 2023 (JUR 2023\432901).

español la responsabilidad de determinar qué importancia tenía la información que figura en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994 para que el consumidor pueda evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario.

Los interrogantes sobre la validez de determinadas cláusulas no concluyen con los pronunciamientos expuestos. Recientemente, el Juzgado de Primera Instancia 8 de San Sebastián ha elevado una cuestión prejudicial ante el TJUE para que aclare si el TS ha hecho una interpretación restrictiva para los consumidores en su última sentencia de 16 de marzo de este año<sup>69</sup>. En dicho fallo, el tribunal de Luxemburgo dictaminó que las comisiones de apertura de los préstamos hipotecarios no forman parte del objeto principal del contrato, por lo que son accesorias y están sujetas al control de abusividad mientras que la STS 29 mayo 2023<sup>70</sup>, señaló que no existe una solución única en torno a la validez –o no– de las cláusulas de comisiones de apertura de los créditos hipotecarios, por lo que hay que analizarlas caso por caso. También recientemente y, con relación a la comisión de apertura y al IRPH, el JPI 5 bis de Alicante<sup>71</sup> se ha pronunciado sobre el IRPH entidades más 0,10, que lleva adicionado un diferencial positivo en vez de negativo o cero, aplicando el criterio mantenido en la STJUE de 13 de julio de 2023, por lo que no resultaría extraño que en el futuro el alto tribunal tenga que pronunciarse sobre la necesidad de aplicar ese índice negativo y, en consecuencia, declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y abusividad.

69 STJUE 16 marzo 2023 (TJCE 2023\41), (Asunto C-565/21).

70 STS 29 mayo 2023 (RJ 2023\3307).

71 SJPI 5 bis Alicante, núm. 3339/2023, de 18 de diciembre.

## BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: “No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 47, 2023.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La protección del consumidor en los créditos o tarjetas revolving: la importancia de la información y el control de transparencia en su contratación”, *RGLJ*, núm. 1, enero-marzo 2021.

CARBALLO FIDALGO, M.: “La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de La Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas”. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022.

FRANCH FLUXÀ, J.: “La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH”, *La Ley mercantil*, núm. 107, noviembre de 2023.

GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”. *Tratado de contratos*, T. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

MARÍN LÓPEZ, J. M.: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 45, 2023.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *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*, Colex, Madrid, 2011.

NAZÁBAL BARANDA, R.: “Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022.

ORDUÑA MORENO, J.:

- “Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «Las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH”, *Diario La Ley*, núm. 10331, 19 de julio 2023.



- *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la Unión Europea: Una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”. Informe I+Dret, abril 2022.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo”, *Almacén de derecho*, núm. 28, 2023.

PAZOS CASTRO, R.:

- *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- “El control de transparencia en los préstamos hipotecarios indexados al IRPH”, *Ley Unión Europea*, núm. 82, 2020.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.:

- “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en *Tratado de contratos*, t. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- “Una nota sobre la STJUE de 13 de julio de 2023 sobre la cláusula IRPH”, *Almacén de derecho*, 24 julio 2023.

**CONCATENACION TRANSFRONTERIZA DE SUJETOS  
PASIVOS POR INVERSION EN EL IVA EUROPEO\***

**CROSS-BORDER REVERSAL OF CONNECTED CHARGES IN  
EUROPEAN VAT**

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 370-397*

\* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La necesaria actualización de los sistemas tributarios ante los retos del S.XXI", Prometeo/2021/041.

Enrique DE  
MIGUEL  
CANUTO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 9 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** La Directiva 2006/112 respalda que un sujeto pasivo, establecido en el territorio de un Estado de la Unión, pueda deducir el IVA devengado en ese Estado como destinatario por servicios recibidos de sujetos pasivos establecidos en otros Estados miembros y utilizados, a su vez, para prestar sus servicios a empresarios destinatarios en otros Estados de la Unión europea distintos de donde está establecido.

**PALABRAS CLAVE:** Destino transfronterizo; inversión del sujeto pasivo; IVA.

**ABSTRACT:** *Directive 2006/112 supports that a taxable person, established in the territory of a State of the Union, can deduct the VAT accrued or paid in that State for services provided by taxable persons established in other Member States and used, in turn, to provide services to recipients taxpayers in other Member States than the one in which it is established.*

**KEY WORDS:** Cross-border destination; VAT; reverse charge.

**SUMARIO.-** I. “REVERSORES” y “REVERTIDOS”.- II. CASO ENTERTAINMENT BULGARIA SYSTEM.- III. DEDUCCIÓN EN REVERSIONES ENCADENADAS.- IV. RÉGIMEN DE FRANQUICIA Y DEDUCCIÓN.- V. CASO R.B.S. DRUTSCHLAN HOLDINGS.- VI. OPERACIÓN ILOCALIZABLE.- VII. CALIFICACIONES ASIMÉTRICAS.- VIII. CASO SALOMIE Y OLTEAN.- IX. DESPROPORCIÓN DE LA CONSECUENCIA.- X. RECALIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN.

## I. “REVERSORES” Y “REVERTIDOS”.

En el Sistema europeo del IVA, situados en el Estado de la imposición, que coincide con el *Estado de localización de las operaciones*, podemos encontrar el fenómeno de un sujeto pasivo no establecido<sup>1</sup> prestando un servicio localizado en destino, del que es sujeto pasivo o deudor el empresario destinatario establecido en su territorio. Y, consecutivamente, que el mismo destinatario receptor, como operador, establecido en su territorio, a su vez, presta servicios transfronterizos localizados en destino en otro Estado de la Unión europea en donde resulta sujeto pasivo o deudor un empresario allí destinatario. Dos inversiones del sujeto pasivo<sup>2</sup> consecutivas.

¿Qué cuotas y en qué condiciones podrá deducir el sujeto pasivo por inversión establecido en el Estado de las operaciones? Objeto: cuotas contabilizadas como soportadas en el Estado de las operaciones por bienes y servicios recibidos suministrados por otro sujeto pasivo. Condición: que los bienes y servicios recibidos por el sujeto pasivo sean destinados a las necesidades de sus operaciones gravadas en el Estado de la imposición. Condición alternativa: bienes y servicios recibidos utilizados para las necesidades de las operaciones (transfronterizas) en

- 1 Sobre la condición de sujeto pasivo no establecido en el territorio de imposición cabe acudir a la sentencia del T.J.U.E. de 6 de octubre de 2011 (TJCE 2011\1295), caso *Markus Stoppelkamp*, causa C-421/10 (Alemania) y a la sentencia de 28 de junio de 2007 (TJCE 2007, 173), caso *Planzer Luxembourg*, causa C-73/06. La Directiva común, en cuanto a la inversión del sujeto pasivo, no distingue entre que el empresario que presta el servicio esté establecido en un Estado de la Unión y que el empresario esté establecido en un Estado tercero, sino que la solución impositiva en ambos casos es la misma. Porque el Estado de la imposición pasa a ser el Estado de destino.
- 2 CASAS AGUDO, D.: “Inversión del sujeto pasivo o “reverse charge”, límites temporales y requisitos formales del derecho a la deducción en el IVA y principio comunitario de proporcionalidad”, *Crónica tributaria*, núm. 131, 2009; FEDELI, S. y FORTE, F.: “EU VAT frauds”, *European journal of law and economics*, núm. 2, 2011; QUIGLEY, P.: “Extension of French Reverse Charge Mechanism”, *International VAT monitor*, núm. 1, 2007; VILLAR EZCURRA, M.: “La inversión del sujeto pasivo como recurso técnico y medida antifraude en el IVA”, *Quincena fiscal*, núm. 7, 2014; BAS SORIA, J.: *El IVA en las operaciones internacionales*, 3ª ed., Madrid, 2021; CALVO VERGEZ, J.: *El derecho de deducción en el IVA*, Madrid, 2015; DE LA FERIA, R.: *The EU VAT System and the Internal Market*, Amsterdam, 2009; FALCÓN TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid, Barcelona, Buenos aires, Sao Paulo, 2ª ed., 2013.

### • Enrique de Miguel Canuto

Catedrático de Derecho financiero y tributario en la Universitat de València (España).  
Correo electrónico Enrique.de-miguel@uv.es.

otro Estado “que habrían originado derecho a deducir si se hubieran efectuado en el Estado de las operaciones”<sup>3</sup>.

Partiendo de la expresión “reversión de la carga”, sinónima de inversión del sujeto pasivo, cabe llamar *reversor* a quien “revierte la carga”, entregando bienes o prestando servicios localizados en destino<sup>4</sup>, transfronterizo, con inversión del sujeto pasivo. Caso particular es el enunciado en la letra e) del art. 214.I de la Directiva IVA de 2006: “los sujetos pasivos establecidos en su territorio respectivo que presten servicios en el territorio de otro Estado miembro en el cual el deudor del IVA sea exclusivamente el destinatario del servicio según lo dispuesto en el artículo 196”. Y cabe llamar *revertido* a quien asume la “carga revertida”, al sujeto pasivo que recibe como destinatario un bien o servicio localizado en destino, resultando sujeto pasivo por inversión. Caso particular es el enunciado en la letra d) del art. 214.I de la Directiva IVA de 2006: “los sujetos pasivos que reciban en el interior de su territorio respectivo servicios respecto de los cuales sean deudores del IVA con arreglo al artículo 196”.

La Directiva 2006/112 respalda que un sujeto pasivo, establecido en el territorio de un Estado, pueda deducir el IVA devengado o pagado [como revertido] en ese Estado por servicios recibidos de sujetos pasivos establecidos en otros Estados miembros, servicios utilizados, a su vez [como reversor], para prestar servicios transfronterizos en otros Estados distintos de aquél en el que está establecido.

Por contra, la Directiva 2006/112 conduce a excluir que un sujeto pasivo, que estando establecido en el territorio de ese Estado disfruta del régimen de franquicia, pueda deducir el IVA devengado o pagado en ese Estado por servicios prestados por sujetos pasivos establecidos en otros Estados y utilizados, a su vez, para prestar servicios en otros Estados miembros distintos de aquél en el que está establecido el sujeto pasivo mencionado.

El Tribunal de la Unión ha precisado que un Estado no puede denegar a un sujeto pasivo la deducción del IVA soportado a un sujeto pasivo que habiendo adquirido bienes en ese Estado los ha utilizado para las necesidades de operaciones transfronterizas efectuadas en otro Estado miembro basándose en que las operaciones realizadas tras la adquisición de los bienes no dieron lugar al pago del IVA en el segundo Estado.

3 La condición no es el gravamen efectivo de la operación en el Estado de destino, sino que la operación habría sido gravada de haber sido efectuada en el Estado de la imposición. La norma, a efectos de deducción, como vemos, convierte a los demás Estados en destino en un espejo del Estado de la imposición. Desde otro punto de vista cabe anotar que esta condición para la deducción no prejuzga la fisonomía de la cuota contabilizada como soportada.

4 Desde el punto de vista sistemático el destino puede ser nacional o doméstico y puede ser un destino transfronterizo. El supuesto clásico de inversión del sujeto pasivo, suministro por un sujeto pasivo no establecido en el territorio de imposición, integra un destino *transfronterizo*.

Ante un sujeto pasivo que debe abonar a la Administración el impuesto que debería haber repercutido y no lo hizo, la Directiva 2006/112 se opone a una normativa en virtud de la cual le es denegado el derecho a deducción del IVA soportado por bienes y servicios utilizados en el marco de sus operaciones gravadas, mientras no se haya registrado a efectos del IVA y no haya presentado la declaración del impuesto, y todo por no haber estado registrado en su día a efectos del IVA cuando realizó estas operaciones.

Aclarar que, en el campo de las entregas de bienes, la inversión del sujeto pasivo en el Estado de la imposición en la entrega realizada por un no establecido, exige como presupuesto inexcusable *que el reversionario no establecido* haya realizado una previa compra interior del bien o una previa adquisición intracomunitaria del bien o una previa importación del bien, que esté localizada en el Estado de la imposición, que es el lugar de establecimiento del empresario revertido. Presupuesto, antesala o complementariedad indeclinable que sin embargo no se da en el campo de las prestaciones de servicios con inversión del sujeto pasivo.

## II. CASO ENTERTAINMENT BULGARIA SYSTEM.

El caso *Entertainment Bulgaria System*<sup>5</sup>, resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión de 15 de noviembre de 2017, en cuestión prejudicial elevada por el Tribunal de lo contencioso de Sofía, presenta un empresario establecido en el Estado de la imposición que, por un lado, recibe *servicios* transfronterizos como sujeto pasivo por inversión y, por otro lado, presta *servicios* transfronterizos localizados en destino a sujetos pasivos por inversión foráneos. Generándose una cadena de “reversiones” de la carga tributaria.

E.B.S. es una empresa establecida en Bulgaria que presta servicios en el ámbito de los servicios en línea, como la creación de sitios de Internet, el desarrollo multimedia o el diseño gráfico, estando identificada en Bulgaria a los efectos del régimen de franquicia en el IVA. A partir de 2010, E.B.S. se había identificado a efectos del IVA según el art. 97a, apartado 2, de la Z.D.D.S., Ley del IVA de Bulgaria, de 2006, que prevé el registro de los sujetos pasivos establecidos en Bulgaria que presten servicios transfronterizos cuyo lugar de realización esté situado en el territorio de otro Estado miembro.

E.B.S. había disfrutado de servicios recibidos de sujetos pasivos establecidos en el territorio de Estados miembros distintos de Bulgaria, que utilizó, a su vez, para prestar sus mencionados servicios en línea en otros Estados miembros y también en un Estado tercero, Suiza. E.B.S. procedió a deducir el IVA soportado

5 Sentencia del T.J.U.E. de 15 de noviembre de 2017 (TJCE 2017\214), caso *Entertainment Bulgaria System*, causa C-507/16.

correspondiente a las prestaciones de servicios recibidas, en el “sistema de autoliquidación”<sup>6</sup>, esto es, como sujeto pasivo por inversión.

Sucedió que la Agencia nacional de Hacienda pública, de Bulgaria, durante una inspección, concluyó que E.B.S., el 30 de noviembre de 2013, había alcanzado el umbral de negocio a partir del cual las empresas ya no gozan del régimen de franquicia y deben, según la normativa nacional, registrarse a efectos de IVA conforme al art. 96, apartado I de la Z.D.D.S. de 2006.

Desde esta premisa, la Agencia nacional de Hacienda pública consideró que E.B.S. había ejercido indebidamente el derecho a deducir el IVA soportado correspondiente a las prestaciones de servicios recibidas, dado que el art. 70, apartado 4 de la Z.D.D.S. de 2006 prohíbe el ejercicio de tal derecho<sup>7</sup> a deducir a los sujetos pasivos identificados en virtud del art. 97a de la Z.D.D.S., y, por ello, por liquidación de 2015 impuso a E.B.S. el pago de la cuota de IVA más intereses de demora.

El Director de Recursos en materia de fiscalidad de Sofía, mediante resolución de 2015, estimó parcialmente la solicitud de modificación de la liquidación, al considerar que la prohibición de deducir el IVA devengado o pagado no podía oponerse a E.B.S. hasta su registro a efectos de IVA según el art. 96.I, de la Z.D.D.S. de 2006, sino solo hasta la fecha en la que se cumplieron los requisitos para presentar solicitud de registro según esta disposición.

Ante la liquidación de la Administración que le obligada a pagar 2 094 196 levas búlgaras de IVA, más intereses de demora, la actora presentó ante el Tribunal de lo contencioso de Sofía, una solicitud de anulación de la liquidación modificada.

El Tribunal de remisión se cuestiona la conformidad del art. 70.4 de la ZDDS de 2006, que niega la deducción, con la Directiva 2006/112. Señala que, si bien los sujetos pasivos identificados a efectos del IVA en virtud del art. 97a de la ZDDS, al que remite el art. 70, apartado 4, de la ZDDS, no pueden hacer figurar el IVA en sus facturas para entregas realizadas en Bulgaria, deberían, por el contrario, poder facturar el impuesto en el caso de entregas de bienes o prestaciones de servicios cuyo lugar de ejecución se sitúe fuera del territorio del Estado. El Tribunal considera que tales sujetos pasivos consecuencialmente deben poder deducir el

6 En este contexto, “autoliquidación” o mecanismo de *auto-liquidation*, expresión que también es profusamente empleada en el Derecho francés, y que se corresponde con la de *inversione contabile*, en el Derecho italiano, refiere al supuesto de inversión del sujeto pasivo o reversión de la carga, que pone el impuesto a cargo del destinatario de la operación y no está enunciando el método general de declaración-liquidación periódica propio del empresario en el IVA.

7 El origen del problema está en que en los supuestos de inversión del sujeto pasivo el empresario destinatario [revertido] debe contabilizar una cuota como repercutida y contabilizar una cuota como soportada, sin que haya habido desembolso alguno entre el destinatario y el prestador. Como no existe un IVA soportado real cabría pensar que no hay derecho a deducir *strictu sensu*.

IVA devengado o pagado por los servicios que les han sido prestados por sujetos pasivos establecidos en el territorio de otros Estados miembros. El Tribunal de lo contencioso de Sofía, decidió plantear al Tribunal de la Unión cuestión prejudicial.

El Tribunal de la Unión sentará primeramente una doctrina general, acerca de la inversión del sujeto pasivo, y después una doctrina específica en relación con el régimen de franquicia en el impuesto sobre el valor añadido.

### III. DEDUCCIÓN EN REVERSIONES ENCADENADAS.

El Tribunal remitente pregunta si el art. 168, letra a), y el art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112 se oponen a una normativa de un Estado que impide a un sujeto pasivo, establecido en el territorio de dicho Estado, deducir el IVA devengado en el Estado por servicios prestados por sujetos pasivos establecidos en otros Estados miembros y utilizados, a su vez, para prestar servicios en otros Estados distintos de aquél en el que está establecido el sujeto pasivo recurrente, debido a que éste está identificado a efectos del IVA en uno de los dos supuestos previstos en el art. 214, apartado I, letras d) y e), de la Directiva 2006/112<sup>8</sup>, relativas a la inversión del sujeto pasivo.

Efectivamente, las letras d) y e) del art. 214, apartado I, de la Directiva 2006/112 se refieren, respectivamente, al supuesto en el que el sujeto pasivo recibe, en el territorio de un Estado miembro, servicios transfronterizos respecto de los cuales sea deudor del IVA según el art. 196 de la Directiva [revertido], y al supuesto en el que el sujeto pasivo está establecido en el territorio de un Estado y presta servicios transfronterizos en el territorio de otro Estado miembro [reversor] en el cual el deudor del IVA es el destinatario de los servicios según el mencionado art. 196. La disposición ha sido traspuesta al Derecho búlgaro en el art. 97a, apartados 1 y 2, de la Z.D.D.S de 2006<sup>9</sup>.

Como premisa, conforme a reiterada jurisprudencia, el principio fundamental de neutralidad del IVA exige que se conceda la deducción del IVA devengado o pagado si se cumplen los *requisitos materiales*, aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinados requisitos formales (sentencia de 9 de julio de 2015, caso Salomie y Oltean, causa C-183/14, apartado 58). El Tribunal de la Unión ha considerado también que la identificación a efectos del IVA, prevista en el art. 214 de la Directiva 2006/112, es un requisito formal con fines de control, que no puede poner en tela de juicio el derecho a deducción del IVA cuando se cumplan

8 Apartado n° 28 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. de 15 de noviembre de 2017 (TJCE 2017/214), caso Entertainment Bulgaria System, causa C-507/16.

9 Si bien, como veremos, únicamente los sujetos pasivos sometidos al régimen de franquicia del impuesto en Bulgaria pueden identificarse a efectos del IVA con arreglo al art. 97a, apartados 1 y 2 de la ZDDS. El ámbito de aplicación de la norma traspuesta resulta así más restringido que el ámbito de enunciación de la Directiva.



los requisitos materiales que dan lugar a esos derechos (sentencia de 9 de julio de 2015, *Salomie y Oltean*<sup>10</sup>, causa C-183/14, apartado 60).

De ello resulta que no se puede impedir que un sujeto pasivo del IVA ejerza su derecho a deducir el IVA devengado o pagado por no haberse identificado a efectos del IVA antes de utilizar los bienes adquiridos en el marco de su actividad gravada (sentencia de 9 de julio de 2015, caso *Salomie y Oltean*, causa C-183/14, apartado 61). Con mayor razón aun, una normativa nacional no puede impedir a un sujeto ejercer su derecho a deducir el IVA devengado o pagado por estar identificado a efectos del IVA en alguno de los dos supuestos del art. 214, apartado I, letras d) y e), de la Directiva 2006/112.

Por todo ello la Directiva 2006/112 se *opone* a una normativa de un Estado que impide a un sujeto pasivo, establecido en el territorio, deducir el IVA devengado o pagado en el Estado por servicios transfronterizos recibidos de sujetos establecidos en otros Estados miembros y utilizados, a su vez, para prestar servicios transfronterizos en otros Estados distintos de aquél en el que está establecido, debido a que este sujeto pasivo está identificado a efectos del IVA con arreglo a uno de los dos supuestos previstos en el art. 214, apartado I, letras d) [revertido] y e) [reversor], de la Directiva 2006/112.

#### IV. RÉGIMEN DE FRANQUICIA Y DEDUCCIÓN.

Sin embargo, a continuación, el Tribunal de la Unión, caso *Entertainment Bulgaria System*, en un giro inesperado, añade que de la resolución de remisión se desprende que puede adoptarse una interpretación diferente de la normativa nacional<sup>11</sup>.

De la resolución de remisión se desprende que, dado que la actora ya no podía disfrutar del régimen de franquicia del impuesto en Bulgaria, habida cuenta de su volumen de negocios, ya no podía identificarse a efectos del IVA según el art. 97a, apartados 1 y 2, de la Z.D.D.S. de 2006, sino que, por el contrario, debía quedar comprendida en el régimen de registro «obligatorio», conforme al art. 96 de la Z.D.D.S. Por tanto, parece desprenderse de ello que solo los sujetos pasivos sometidos al régimen de franquicia en Bulgaria pueden identificarse a efectos del IVA con arreglo al art. 97a, apartados 1 y 2 de la Z.D.D.S.<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Ut infra*, epígrafes VIII y IX de este trabajo.

<sup>11</sup> Apartado n° 35 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. de 15 de noviembre de 2017 (TJCE 2017/214), caso *Entertainment Bulgaria System*, causa C-507/16.

<sup>12</sup> Su fundamento está en el art. 113.9 de la Z.D.D.S., Ley del IVA, según el cual “los sujetos pasivos que no estén registrados conforme a la presente Ley o que estén registrados en virtud del artículo 97a, apartados 1 y 2, (...) no estarán facultados para indicar el IVA en las facturas que expidan”.

De ser así -lo que corresponde verificar al tribunal remitente, único competente para interpretar el Derecho nacional- correspondería reformular las cuestiones prejudiciales planteadas y considerar que éstas tienen por objeto determinar si el art. 168, letra a), y el art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112 se oponen a una normativa de un Estado miembro que impide a un sujeto pasivo, establecido en el territorio del Estado y que disfruta en él de un *régimen de franquicia*<sup>13</sup>, ejercer el derecho a la deducción del IVA devengado o pagado en ese Estado por servicios prestados por sujetos pasivos establecidos en otros Estados y utilizados, a su vez, para prestar servicios en otros Estados miembros distintos de aquél en el que está establecido el sujeto pasivo recurrente.

Partimos de que el art. 168, letra a), de la Directiva 2006/112 dispone que, en la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas, el sujeto pasivo tendrá derecho, en el Estado miembro en el que realice estas operaciones, a deducir del importe del impuesto del que es deudor el IVA devengado o pagado en dicho Estado por los bienes que le hayan sido o le vayan a ser entregados y por los servicios que le hayan sido o le vayan a ser prestados por otro sujeto pasivo. Sin embargo, una empresa establecida en el territorio de un Estado y que goza del régimen de franquicia en ese Estado no podría acogerse al derecho a deducir el IVA devengado o pagado según dicha disposición, porque el art. 289 de la Directiva 2006/112 prevé que los sujetos sometidos al régimen de franquicia “no tendrán derecho a deducir el IVA con arreglo a los artículos 167 a 171 (...) ni podrán tampoco hacerlo aparecer en sus facturas”.

Por otra parte, el art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112 precisa que, además de la deducción del art. 168 de la Directiva, el sujeto pasivo tiene derecho a deducir el IVA a que se refiere dicho artículo en la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones realizadas fuera del Estado miembro en el que el mencionado impuesto debe devengarse o pagarse, que hubiesen originado el derecho a la deducción si se hubieran efectuado en dicho Estado miembro.

Por ello, en el escenario del art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112, el ejercicio de la deducción depende de si el derecho existiría en el caso de que las operaciones se hubiesen realizado en el interior del mismo Estado (sentencia de 22 de diciembre de 2010, caso RBS Deutschland Holdings, causa C-277/09,

13 El régimen especial de *franquicia* de las pequeñas empresas en el IVA, regulado en los arts. 282-294 de la Directiva IVA de 2006, exige la concurrencia de dos condiciones: que se trate de empresarios establecidos en el Estado de aplicación y que su volumen anual de operaciones no exceda de un umbral máximo. El contenido del régimen se centra en la ausencia de repercusión del impuesto en las operaciones realizadas, por lo que el impuesto no figura en factura y que no cabe deducir las cuotas soportadas en la realización de la actividad (art. 289). Quien esté en el caso debe poder optar por el régimen ordinario o régimen general en el IVA. Al régimen especial de franquicia en el IVA refiere la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2018, caso David Vámos, causa C-566/16, Hungría.

apartado 32). El derecho a deducir puede ejercerse con independencia de la sujeción efectiva de la operación posterior al IVA en los otros Estados miembros (sentencia de 22 de diciembre de 2010, *R.B.S. Deutschland Holdings*<sup>14</sup>, causa C-277/09, apartado 41).

Sin embargo, y éste es el punto clave, dado que una empresa que goza del régimen de franquicia en Bulgaria no puede acogerse, en ese Estado, al derecho a deducir el IVA devengado o pagado por servicios prestados en el Estado, consecuentemente es imposible que se acoja al art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112 para deducir el IVA devengado o pagado por servicios prestados fuera de dicho Estado miembro.

Llegamos a que el art. 168, letra a), y el art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112 no se oponen a una normativa de un Estado que impide a un sujeto pasivo, establecido en su territorio y que disfruta en él de un régimen de franquicia, deducir el IVA devengado o pagado en el Estado por servicios prestados por sujetos pasivos establecidos en Estados diferentes y utilizados, a su vez, para prestar servicios en otros Estados miembros distintos de aquél en el que está establecido el sujeto pasivo recurrente.

En conclusión: 1º doctrina general: la Directiva 2006/112 se opone *ab initio* a una normativa de un Estado que impide a un sujeto pasivo [revertido], establecido en su territorio, deducir el IVA devengado o pagado en tal Estado por servicios recibidos de sujetos establecidos en Estados diferentes y utilizados, a su vez, [como reversionario] para prestar servicios en otros Estados distintos de su Estado de establecimiento, por la razón de que este sujeto pasivo esté identificado a efectos del IVA en uno de los dos supuestos del art. 214, apartado I, letras d) y e), de la Directiva 2006/112.

2º doctrina particular: por el contrario, el art. 168, letra a), y el art. 169, letra a), de la Directiva 2006/112 no se oponen a una normativa de un Estado que excluye que un sujeto pasivo, establecido en su territorio y que disfruta en él de un régimen de franquicia, pueda deducir el IVA devengado o pagado en ese Estado por servicios prestados por sujetos establecidos en otros Estados y utilizados, a su vez, para prestar servicios en otros Estados distintos de su Estado de establecimiento.

## V. CASO RBS DEUTSCHLAND HOLDINGS.

El caso *RBS Deutschland Holdings*<sup>15</sup>, resuelto por sentencia del Tribunal de la Unión de 22 de diciembre de 2010, es una cuestión prejudicial elevada por la *Court*

14 *Ut infra* epígrafes V, VI y VII de este trabajo.

15 Sentencia del T.J.U.E. de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010\424), caso *R.B.S. Deutschland Holdings*, causa C- 277/09 (Reino Unido).

of Session de Escocia, que intenta clarificar la deducción de cuotas soportadas en el Estado de establecimiento de la matriz, Reino Unido, con destino a una operación cuyo beneficiario es una empresa radicada en el mismo Estado de establecimiento de la matriz, siendo la operación transfronteriza efectuada por una filial establecida en otro Estado de la Unión, Alemania<sup>16</sup>.

La condición de operación transfronteriza que originaría derecho a deducir si fuera una operación interior o doméstica, como condición de destino, a efectos de deducción, no exige el gravamen efectivo de la operación en el extranjero, sino solo el hipotético gravamen en el propio Estado del establecimiento si hubiera sido una “operación interior”.

R.B.S.D. es una sociedad establecida en Alemania cuya actividad mercantil es prestar servicios bancarios y de leasing. Desde 2000, es miembro de un grupo que depende de la sociedad Royal Bank of Scotland. La actora, R.B.S.D., filial alemana del banco escocés, carece de establecimiento en el Reino Unido, aunque opera y está inscrita en el censo del IVA británico como sujeto pasivo no establecido<sup>17</sup>.

En enero de 2000, a R.B.S.D. le fue presentada Vinci plc, una sociedad con sede en el Reino Unido, con el objeto de que R.B.S.D. proporcionase a Vinci financiación mediante la técnica del leasing, con objeto vehículos a motor. A tal fin en 2001 se suscribieron una serie de contratos.

Primero, R.B.S.D., la filial alemana del banco, adquirió automóviles de turismo no en Alemania sino en el Reino Unido a Vinci Fleet Services (VFS), una filial de Vinci. VFS, la filial suministradora, también registrada en el Reino Unido, había adquirido los vehículos a motor en concesionarios de vehículos establecidos en el Reino Unido.

Segundo, R.B.S.D. suscribió con Vinci, la matriz, un contrato de arrendamiento transfronterizo por un plazo de dos años prorrogable, denominado «master lease agreement», R.B.S.D. actuaría como arrendador y Vinci como arrendatario de vehículos a motor. Al expirar el arrendamiento, Vinci estaba obligada a pagar a R.B.S.D. el valor residual de los vehículos. En caso de que R.B.D.S. vendiera los vehículos a un tercero, Vinci tendría o bien derecho a una devolución o bien una

16 HEYDARI, S. y CORNIEJE, S. B.: “The brittle reincarnation of VAT saving schemes”, *Derivatives and financial instruments*, núm. 2, 2011; RIZZADI, R.: “Abuso del diritto: svolta della Corte di cassazione e della Corte di giustizia UE”, *Corriere tributario*, núm. 9, 2011; TURIS, P.: “Sesta direttiva IVA - Nozioni di “pratica abusiva” - Operazioni di leasing effettuate da un gruppo di imprese e dirette a ripartire il pagamento dell’Iva non detraibile”, *Il Fisco (II)*, núm. 2, 2011; VILLANI, M.: “Quando il leasing non vuol dire “abuso”, *Rivista di diritto tributario*, núm. 6, 2011; WATERSON, R. y FARMER, P.: “HMRC v Weald Leasing Ltd and HMRC v RBS Deutschland Holdings GmbH : abuse of law developments”, *British tax review*, núm. 2, 2011.

17 Puede verse CALVO VERGEZ, J.: “La devolución del IVA a los sujetos pasivos no establecidos en el Estado miembro de devolución pero establecidos en otro Estado miembro y a aquellos sujetos pasivos no establecidos en el territorio de la Comunidad. (Análisis de la STJUE de 15 de julio de 2010)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 321, 2011.

obligación de pago de la diferencia entre el precio de los vehículos y su valor residual, en función de las circunstancias. Entre 2001 y 2002, R.B.S.D. cobró a Vinci alquileres y no cargó IVA sobre dichas operaciones.

Tercero, además, R.B.S.D. y VFS, la filial suministradora, suscribieron un contrato de opción de venta («put») respecto de los vehículos, en virtud del cual VFS concedía a la actora, R.B.S.D. una opción para exigirle la recompra de los vehículos a partir de una fecha determinada.

En 2002, R.B.S.D. traspasó los contratos de arrendamiento y opción de venta a una filial alemana del grupo Royal Bank of Scotland, la sociedad Lombard Leasing GmbH. Lombard Leasing cobró a partir de entonces a Vinci alquileres y *tampoco* cargó IVA sobre los mismos, durante el período comprendido entre 2002 y 2004.

Posteriormente, y hasta el 15 de diciembre de 2004, Lombard Leasing ejerció la opción de venta («put») con VFS sobre los vehículos objeto de los contratos de leasing. VFS recompró los vehículos por 663.158 libras y Lombard Leasing le cobró 116.052 libras en concepto de cuota impositiva devengada por la transmisión, que después pagó a los Commissioners.

Respecto a los alquileres, recibidos primero por R.B.S.D. y, después, por Lombard Leasing, ambas filiales alemanas, no estaban sujetos al IVA en el Reino Unido, ya que, según el Derecho británico, las operaciones en el marco de los contratos de leasing se consideraban prestaciones de servicios y, por ello, la Administración británica las tuvo por localizadas en el lugar en que el proveedor tenía establecido su domicilio, es decir, en Alemania. Tampoco estaban sujetas al IVA en Alemania, ya que, según el Derecho alemán, las operaciones eran consideradas entregas de bienes y se tenían por localizados en el lugar de la entrega, el Reino Unido.

Se desprende que no se cobró el IVA, ni en el Reino Unido ni en Alemania, sobre los pagos de los alquileres. Sin embargo, sí se cobró el IVA en el Reino Unido sobre el producto de la venta de los vehículos tras el ejercicio de la opción de venta («put») por Lombard Leasing.

R.B.S.D. solicitó a la Administración británica la deducción íntegra del IVA soportado que había pagado a VFS cuando *adquirió los vehículos* a la citada sociedad. Alegó que el art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva la facultaba para deducir el IVA soportado en la compra de los bienes. Además, según R.B.S.D., no se daban las condiciones para la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, por ser operaciones de *leasing* realizadas entre tres empresarios independientes que operan en igualdad de condiciones.

Los Commissioners denegaron a R.B.S.D. la deducción del IVA que ésta había solicitado, por la adquisición de vehículos, y le exigieron el reembolso del impuesto que le había sido abonado, fundando su decisión en que el art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva no permitía la deducción del IVA soportado que se hubiese abonado por la adquisición de bienes posteriormente empleados en *transacciones no sujetas al IVA*. Subrayaron que el impuesto soportado por la adquisición de bienes no podía deducirse o reembolsarse si no había ningún IVA devengado. Además, la actora se habría involucrado en una práctica abusiva, pues se había acogido a la norma con el fin de obtener una ventaja fiscal contraria a los objetivos de la Directiva, y las condiciones del leasing se habrían puesto con el propósito de aprovecharse de las diferencias entre las formas de adaptar los Derechos internos a la Directiva en el Reino Unido y en Alemania.

La actora recurrió la decisión ante el *VAT and Duties Tribunal*, en Edimburgo. En su sentencia de 2007, este consideró que el principio de neutralidad fiscal no exige que se deniegue una deducción del IVA porque no hay una correspondiente obligación con el IVA devengado. Por otro lado, el Tribunal no apreció la presencia de una práctica abusiva<sup>18</sup>.

Ante la Court of Session (Scotland), los Commissioners presentaron recurso de apelación contra la sentencia. El Tribunal señala que el art. 5, apartado 4, letra b), de la Directiva ha sido traspuesto de forma distinta en el Reino Unido y en Alemania. Según la legislación del Reino Unido, las operaciones realizadas en virtud de los contratos de leasing fueron consideradas prestaciones de servicios. Por lo que las operaciones se consideraron localizadas en el lugar en que el proveedor estableció la sede de su actividad, Alemania. En aplicación del Derecho alemán, los contratos fueron considerados entregas de bienes, lo cual dio lugar a que el Estado en que debía abonarse el IVA se determinase en función del lugar de entrega de los bienes, el Reino Unido. Por lo que las operaciones de leasing no quedaron sujetas al IVA en Alemania. En suma, no se devengó ni cobró ningún impuesto por los costes de leasing en ninguno de los dos Estados afectados<sup>19</sup>.

La Court of Session, señala que el asunto se caracteriza por los siguientes hechos: que la sociedad filial alemana de un banco del Reino Unido adquirió vehículos en dicho Estado con el fin de arrendarlos, con opción de compra, a una tercera empresa del Reino Unido, y pagó el IVA de tal adquisición; que, en

18 BROWN, R.W.: "RBS Deutschland Holdings GmbH v HMRC: mind the gap", *British tax review*, núm. 6, 2007.

19 Las reglas de localización vigentes en un Estado aplicadas a un caso concreto conducen a que la operación esté localizada en el Estado localizante o a que no esté localizada en tal Estado. *Tertium non datur*. La norma de un Estado nunca puede definir la localización de una operación en otro Estado, lo que supondría una invasión de la soberanía ajena. En el presente caso, la norma británica conduce a que las operaciones de arrendamiento no están localizadas en el Reino Unido y la norma alemana conduce a que las operaciones de arrendamiento no están localizadas en Alemania. Se trata pues de un supuesto de doble no imposición. Puede verse VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W.: "Los hechos gravados en el IVA en el Derecho comparado", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 72, 2014.

virtud de la legislación del Reino Unido, no se cobró el impuesto en relación con el arrendamiento de vehículos en ningún Estado; y que el banco establecido en el Reino Unido escogió a su filial alemana como arrendadora y determinó la duración de los acuerdos de leasing con el fin de obtener la ventaja fiscal de no abonar IVA sobre los pagos de las rentas. Por ello, decidió plantear al Tribunal de la Unión la nuclear cuestión siguiente: ¿debe interpretarse el art. 17, apartado 3, letra a), de la Sexta Directiva en el sentido de que faculta a la Administración británica a no permitir que una subsidiaria alemana del banco escocés deduzca el IVA que haya pagado en el Reino Unido por la compra de los vehículos?

## VI. OPERACIÓN ILOCALIZABLE.

El Tribunal remitente solicita que se dilucide si el art. 17, apartado 3, letra a), de la Sexta Directiva que se corresponde con el art. 169.a) de la Directiva de 2006, debe interpretarse en el sentido de que un Estado puede denegar a un sujeto pasivo la deducción del IVA soportado por la adquisición de bienes realizada en el Estado, cuando los bienes han sido utilizados en operaciones de leasing realizadas posteriormente en otro Estado miembro, sin que estas operaciones hayan estado sujetas al IVA en el segundo Estado<sup>20</sup>.

La cuestión planteada tiene su razón de ser en que la Administración británica calificó las operaciones de leasing realizadas tras la compra de los vehículos como prestaciones de servicios, por lo que se consideró que dichas operaciones se realizaron en el lugar en el que el proveedor estableció la sede de su actividad, es decir, en Alemania, y, sin embargo, la Administración alemana no recaudó el IVA correspondiente, por considerar que las operaciones debían considerarse entregas de bienes<sup>21</sup>.

Ha quedado acreditado, como *ratio decidendi*, que las operaciones de leasing, si hubieran sido realizadas por una sociedad que tuviese la sede de su actividad en el Reino Unido o estuviese establecida en dicho Estado, habrían originado el derecho a la deducción del IVA, en virtud del art. 17, apartado 2, letra a), de la Directiva por lo que refiere al impuesto soportado por la compra de los vehículos objeto del *leasing*.

Según el art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva, los Estados concederán a los sujetos pasivos el derecho a la deducción del IVA en la medida en que los

20 Apartado nº 28 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010\424), caso R.B.S. Deutschland Holdings, causa C- 277/09.

21 El profesor FALCÓN Y TELLA entiende que estamos ante las que habitualmente se denominan operaciones "híbridas", que tienen una calificación fiscal distinta para cada ordenamiento. La consecuencia de esta disparidad de calificaciones es que el alquiler de los coches no ha tributado en ningún sitio ("El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones «híbridas» en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)", *Quincena fiscal*, núm. 6, 2011).

bienes, adquiridos con anterioridad, se utilicen para las necesidades de operaciones posteriores realizadas en el extranjero, que habrían originado el derecho a la deducción de haber sido realizadas en el interior del Estado de que se trate.

El derecho a deducir el IVA soportado en ciertas operaciones de bienes y servicios con destino a otras operaciones transfronterizas realizadas posteriormente en otro Estado miembro depende, por tanto, de si el derecho a la deducción existiría en el caso de que las operaciones se hubiesen realizado en el interior del mismo Estado. Tal como se desprende del relato de hechos, eso es lo que sucede en el litigio. Por consiguiente, R.B.S.D. tiene, en virtud del art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva derecho a la deducción del IVA abonado por la compra de los bienes posteriormente utilizados para las necesidades del contrato de *leasing*.

Sin embargo, los Gobiernos han argumentado que la deducción del IVA soportado está supeditada a la recaudación del IVA devengado. Según los Gobiernos, al no haber recaudado la Administración alemana IVA alguno por las operaciones de *leasing*, la actora no puede tener derecho, en el Reino Unido, a la deducción del IVA soportado por la compra de los vehículos.

Es cierto que el Tribunal de la Unión ha declarado que la deducción del IVA soportado se vincula a la recaudación del IVA devengado (sentencias de 30 de marzo de 2006, caso Uudenkaupungin kaupunki, causa C-184/04, apartado 24, y de 14 de septiembre de 2006, caso Wollny, causa C-72/05, apartado 20). En los dos casos el Tribunal precisó que, cuando el sujeto pasivo utilice bienes o servicios adquiridos para las necesidades de operaciones exentas o no imponibles, no podrá percibirse el IVA devengado ni deducirse el IVA soportado. Ahora bien, en el litigio principal, las operaciones de *leasing* realizadas por la actora después de la compra de los vehículos no estaban exentas del IVA y estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación<sup>22</sup> de éste. Por tanto, las operaciones pueden dar lugar al derecho a la deducción.

Respecto al derecho a deducir, establecido en el art. 17, apartado 2, de la Directiva, relativo al IVA soportado por la adquisición de los bienes o servicios que el sujeto pasivo utilice para las necesidades de sus operaciones gravadas con posterioridad, el Tribunal ha declarado que el mecanismo de deducción tiene por objeto liberar al empresario del peso del IVA devengado o ingresado en el marco de todas sus actividades. El sistema común del IVA garantiza la neutralidad con

22 Una directiva, a diferencia de un reglamento, como es sabido, no es una norma directamente aplicable y eficaz, sino que la norma aplicable y eficaz es la norma de transposición o incorporación. Sin perjuicio del “efecto directo” (vertical) de sus reglas precisas e incondicionales en caso de transposición incompleta o incorrecta y en caso de incumplimiento del plazo de transposición. Por ello, decir operaciones comprendidas en el “ámbito de aplicación” de la Directiva, en ausencia de la realización del hecho imponible enunciado en una norma nacional del IVA, en rigor, es un enunciado metafórico y no jurídico.



respecto a la carga fiscal de todas las actividades, a condición de que las actividades estén a su vez, en principio, gravadas<sup>23</sup>. Además, el derecho a la deducción es, como parte del mecanismo del IVA, un principio fundamental inherente al sistema común del IVA y, en principio, no puede limitarse<sup>24</sup>. De ello se deriva que el sujeto pasivo tiene derecho a la deducción del IVA que ha gravado los bienes y servicios adquiridos con destino al ejercicio de sus actividades gravadas (véase la sentencia NCC Construction Danmark [TJCE 2009, 337] apartado 39).

En estas circunstancias, el derecho a la deducción del IVA no puede depender de que la operación transfronteriza realizada con posterioridad haya dado lugar efectivamente al pago del IVA en el Estado en que se localiza. En la medida en que, a pesar del establecimiento del sistema común del IVA por las disposiciones de la Directiva, aún subsisten diferencias legislativas y reglamentarias entre los Estados, que un Estado, debido a la calificación que ha dado a una operación comercial, no haya recaudado IVA alguno por la operación, no puede privar al sujeto de la deducción del IVA soportado en otro Estado.

En cuanto al argumento de la Administración británica para denegar la deducción basado en la sentencia de 26 de septiembre de 1996, caso *Debouche*<sup>25</sup>, causa C-302/93, el Tribunal de la Unión, en la sentencia, se basó en que el interesado no había podido presentar una certificación expedida por el Estado de establecimiento indicando que se hallaba sometido al IVA en dicho Estado, pues tal documento no podía expedirse porque las prestaciones estaban exentas del IVA<sup>26</sup>. Por tanto, debe señalarse que las circunstancias del litigio, en el marco del cual R.B.S.D. disfruta del derecho a la deducción según el art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva, son distintas de las de tal sentencia.

Si bien considerar que un sujeto pasivo puede tener derecho a la deducción del IVA soportado sin que haya abonado IVA devengado alguno puede parecer incoherente, ello no puede justificar que se dejen de aplicar las disposiciones de la Directiva relativas al derecho a la deducción, como el art. 17, apartado 3, letra a), de ésta. Habida cuenta del tenor de la disposición, no puede interpretarse en el

23 Véanse las sentencias de 22 de febrero de 2001 [TJCE 2001, 58], caso *Abbey National*, causa C-408/98, apartado 24; de 8 de febrero de 2007 [TJCE 2007, 29], caso *Investrand*, causa C-435/05, apartado 22, y de 29 de octubre de 2009 [TJCE 2009, 337], caso *NCC Construction Danmark*, causa C-174/08, apartado 27.

24 Véanse las sentencias de 21 de marzo de 2000 [TJCE 2000, 47], caso *Gabalfrisa*, causa C-110/98 apartado 43; y de 23 de abril de 2009 [TJCE 2009, 86], caso *PARAT Automotive Cabrio*, causa C-74/08, apartado 15.

25 Etienne Debouche es un abogado establecido en Bélgica que arrienda un automóvil a una sociedad de leasing establecida en Holanda y le abona el IVA cargado en factura. En Bélgica las prestaciones de servicios de los abogados estaban exentas. Solicitada devolución de las cuotas soportadas a la Hacienda holandesa será denegada. Porque el automóvil no es utilizado para necesidades de "actividades gravadas", por estar entonces exenta en Bélgica la actividad de la abogacía.

26 Puede verse SWINKELS, J. J. P.: "Belastingneutraliteit en grensoverschrijdende dienstverlening in Europa", *Weekblad fiscaal recht*, núm. 130, 2001.

sentido de que un Estado pueda denegar la deducción del IVA en circunstancias como las del litigio.

En suma, con base en el art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva un Estado no puede denegar a un sujeto pasivo la deducción del IVA soportado por la adquisición de bienes realizada en ese Estado, si los bienes se utilizan para las necesidades de operaciones transfronterizas de leasing efectuadas en otro Estado, basándose en que las operaciones realizadas tras la adquisición de los bienes no dieron lugar al pago del IVA en el segundo Estado.

## VII. CALIFICACIONES ASIMÉTRICAS.

El Tribunal remitente, caso *R.B.S. Deutschland Holdings*, también pregunta si, en el supuesto de que el art. 17, apartado 3, letra a) de la Directiva se interprete en el sentido de que no permite a un Estado denegar la deducción del IVA en circunstancias en las que una empresa establecida en un Estado [Reino Unido] decide realizar, por medio de su filial establecida en otro Estado [Alemania], operaciones de leasing de bienes a una sociedad tercera establecida en el primer Estado, con el fin de evitar que tenga que abonarse el IVA por los pagos que remuneran dichas operaciones, dado que esas operaciones se califican, en el primer Estado, de prestaciones de servicios de arrendamiento realizadas en el segundo y, en ese segundo, de entregas de bienes realizadas en el primero, el principio de prohibición de prácticas abusivas puede influir en la interpretación que se ha dado<sup>27</sup>.

Con carácter preliminar, debe partirse de que la lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Directiva (sentencia de 29 de abril de 2004, caso *Gemeente Leusden y Holin Groep*, causa C-487/01, apartado 76, y caso *Halifax*, causa C-255/02, apartado 71).

El Tribunal de la Unión, en la sentencia caso *Halifax* (TJCE 2006, 383), declaró que la comprobación de una práctica abusiva en materia de IVA supone que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en la Directiva y en la legislación de adaptación, las operaciones tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por las normas de la Directiva y, por otra parte, que de un conjunto de elementos objetivos resulta que la finalidad esencial de las operaciones se limita a la obtención de dicha ventaja fiscal<sup>28</sup>.

27 Apartado n° 47 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010\424), caso *R.B.S. Deutschland Holdings*, causa C- 277/09.

28 La *Court of Session* de Escocia había formulado las preguntas 2, 3 y 4 siguientes: 2) Para responder a la primera cuestión, ¿es necesario que el Tribunal nacional amplíe su análisis para tomar en consideración la posible aplicación del principio de prohibición de prácticas abusivas?

3) En caso de respuesta afirmativa ¿la deducción del impuesto soportado sobre la compra de los vehículos

Por lo que atañe a los hechos, las diferentes operaciones tuvieron lugar entre dos partes entre las que no existe vínculo jurídico alguno. Además, ha quedado acreditado que esas operaciones no tenían carácter artificial y que se realizaron en el marco de intercambios comerciales normales.

Tal como señala el tribunal remitente, y se asume como razón fundamental por el Tribunal de la Unión, las características de las operaciones y la naturaleza de las relaciones entre las sociedades que realizaron las operaciones no muestran que haya ningún elemento que pueda demostrar la existencia de un montaje artificial, carente de realidad económica y realizado con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal (en este sentido, la sentencia de 22 de mayo de 2008, caso Amplisientífica y Amplifin, causa C-162/07, apartado 28), ya que la actora es una sociedad establecida en Alemania que lleva a cabo actividades de prestación de servicios bancarios y de *leasing*.

En estas circunstancias, no puede considerarse un abuso de derecho que los servicios transfronterizos se hayan prestado a una sociedad establecida en un Estado por una sociedad establecida en otro Estado y que los términos de las operaciones realizadas se hayan determinado en función de consideraciones propias de los operadores afectados. En efecto, la actora prestó efectivamente los servicios en el marco de una actividad económica real.

Cabe añadir que los sujetos pasivos son libres de elegir las estructuras organizativas y los modos de realizar las operaciones que consideren más apropiados para sus actividades, también a efectos de limitar sus cargas fiscales. La opción de un empresario entre operaciones exentas y operaciones gravadas puede basarse en un conjunto de elementos y de consideraciones de carácter fiscal relativas al régimen del IVA (sentencia de 9 de octubre de 2001, caso Cantor Fitzgerald International, causa C-108/99, apartado 33). Cuando un sujeto puede elegir entre diferentes operaciones, tiene derecho a elegir la estructura de su actividad de modo que pueda limitar su deuda fiscal (véase la sentencia caso Halifax, causa C-255/02, apartado 73)<sup>29</sup>.

---

sería contraria a la finalidad de las disposiciones de la Directiva y cumpliría así el *primer requisito* para que exista una práctica abusiva, tal como se describe en el apartado 74 de la sentencia de 21 de febrero de 2006 (TJCE 2006, 383) en el caso Halifax (C-255/02), teniendo en cuenta, entre otros principios, el de neutralidad de la carga fiscal?

4) en caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿debe considerar el tribunal que la finalidad esencial de las operaciones es obtener una ventaja fiscal, de forma que se cumpla el *segundo requisito* para que exista una práctica abusiva, tal como se describe en la sentencia Halifax, en circunstancias en las que en una operación mercantil entre partes que operan en condiciones de igualdad, la elección de la sociedad filial alemana para arrendar los vehículos a un cliente del Reino Unido y las condiciones de los arrendamientos se llevan a cabo con el fin de obtener la ventaja fiscal de no tener que pagar el impuesto devengado sobre los pagos de la renta?

29 El profesor FALCÓN Y TELLA concluye que estamos ante una economía de opción, que no puede atajarse a través del principio de prohibición de prácticas abusivas ("El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010,

En suma, una empresa establecida en un Estado que decide realizar, por medio de su filial establecida en otro Estado miembro, operaciones transfronterizas de leasing de bienes a una sociedad tercera establecida en el primer Estado, con el fin de evitar que tenga que abonarse el IVA por los pagos que remuneran las operaciones, dado que esas operaciones se califican, en el primer Estado, de prestaciones de servicios de arrendamiento realizadas en el segundo Estado y, en ese segundo Estado, de entregas de bienes realizadas en el primero, tiene derecho a la deducción del IVA reconocido en el art. 17, apartado 3, letra a), de la Directiva<sup>30</sup> y su conducta no incurre en la prohibición de prácticas abusivas.

### VIII. CASO SALOMIE Y OLTEAN.

El caso *Salomie y Oltean*<sup>31</sup>, resuelto por el Tribunal de la Unión en sentencia de 9 de julio de 2015, es una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal de apelación de Cluj, Rumania, sobre las consecuencias de la falta de registro y de declaración censal a efectos de deducciones en el impuesto sobre el valor añadido.

En el año 2007, los Sres. Salomie y Oltean se asociaron con otras cinco personas físicas para realizar un proyecto de construcción y venta de cuatro inmuebles en Rumanía. La asociación carecía de personalidad jurídica y no presentó declaración ni se registró a efectos del IVA. Durante los años 2008 y 2009, de los 132 apartamentos construidos en el terreno perteneciente al patrimonio privado de una de esas personas se vendieron 122 por un importe total de 10 902 275 leus rumanos, y 23 plazas de garaje, sin que las ventas tributaran por IVA.

Fue en el año 2010, a raíz de la realización de una inspección, cuando la Administración consideró que las operaciones suponían una actividad económica continua, por lo que deberían haber estado sujetas al IVA desde el 1 de octubre de 2008, al haber sobrepasado, desde el mes de agosto de 2008, el umbral de 35 000 euros por debajo del cual las actividades económicas están exentas del IVA en Rumanía. Por consiguiente, la Administración exigió el pago del IVA adeudado por

---

Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones «híbridas» en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)”, *Quincena fiscal*, núm. 6, 2011).

30 A partir de la Directiva IVA de 2006 la normativa mira al Estado de las operaciones: 1º la pregunta por la deducción de cuotas soportadas en la declaración periódica se la formula el operador. En la declaración periódica a presentar en el “Estado de las operaciones” hay que contestar al interrogante sobre la deducción de cuotas soportadas. 2º las cuotas soportadas lo son soportadas en el *Estado de las operaciones* (art. 168): “IVA devengado o pagado en el Estado miembro en el que realice estas operaciones”. 3º En las posteriores operaciones transfronterizas se razona en paralelo con las “operaciones interiores”, de manera que las posteriores operaciones transfronterizas se considera cumplen el requisito si lo cumpliría la “operación interior” equivalente 4º ¿la condición de no imponible como operación posterior transfronteriza no impide la deducción de cuotas antes soportadas si la operación interior equivalente estaría hipotéticamente gravada, o más bien, no cabe identificar una operación interior equivalente a una operación internacional no imponible? Lo segundo. Entonces no hay deducción. Porque la “realización” de la operación en el extranjero exige la localización de la operación en el extranjero.

31 Sentencia del T.J.U.E. de 9 de julio de 2015 (TJCE 2015\291), caso *Salomie y Oltean*, causa C-183/14 (Rumanía).

las operaciones realizadas en 2009 y los recargos de demora correspondientes, y practicó liquidaciones tributarias. De la resolución de remisión se desprende también que las ventas de bienes inmuebles realizadas en 2008 y 2009 tributaron por el impuesto sobre la «transmisión de propiedades inmuebles del patrimonio personal» regulado en el art. 77 *bis* del Código Fiscal de Rumanía.

Los actores presentaron ante el Tribunal de primera instancia de Cluj, una demanda de anulación parcial de dichas liquidaciones tributarias, que éste desestimó por infundadas.

El Tribunal de apelación de Cluj, Tribunal de remisión, que conoce del recurso de casación, se pregunta sobre la conformidad con el principio de seguridad jurídica de las liquidaciones practicadas por la Administración, dado que la legislación rumana no adoptó las disposiciones de aplicación de las normas del IVA a las operaciones inmobiliarias hasta el 1 de enero de 2010 y, por otra parte, la práctica de la Administración consistió más bien, hasta esa fecha, en no someter al IVA estas operaciones. Además, considera que la Administración disponía de información suficiente para determinar la condición de sujetos pasivos de los actores desde 2008, al haber sido informada de la existencia de las ventas que habían realizado, siquiera fuera por la circunstancia de que esas operaciones habían sido gravadas por el impuesto sobre transmisiones de propiedades inmuebles, según el art. 77 *bis* del Código Fiscal.

El Tribunal remitente manifiesta también sus dudas acerca de la compatibilidad con la Directiva 2006/112 de las reglas relativas a la deducción del IVA soportado previsto por el Derecho rumano, según las cuales una persona registrada tardíamente como sujeto pasivo del IVA sólo puede ejercer el derecho a deducción después de haber regularizado su situación mediante su registro a efectos del impuesto y la presentación de declaración.

## **IX. DESPROPORCIÓN DE LA CONSECUENCIA.**

El Tribunal remitente pregunta si la Directiva 2006/112 se opone a una normativa nacional según la cual la deducción del IVA adeudado o soportado por bienes y servicios utilizados en el marco de operaciones gravadas se deniega al sujeto pasivo, que debe abonar el impuesto que debería haber repercutido y no lo hizo, porque no estaba registrado a efectos del IVA cuando realizó las operaciones, mientras no se haya registrado a efectos del IVA y no se haya presentado la declaración del impuesto adeudado<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Apartado n° 54 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. de 9 de julio de 2015 (TJCE 2015\291), caso *Salomie y Oltean*, causa C-183/14.

Los arts. 167 y siguientes de la Directiva 2006/112 regulan el nacimiento y el alcance del derecho a deducción. Sabemos que, en virtud del art. 167 de esa Directiva, dicho derecho nace en el momento en que es exigible el impuesto deducible.

Según reiterada jurisprudencia, el derecho a deducción es un principio fundamental del sistema común del IVA, que, en principio, no puede limitarse y se ejercita inmediatamente en relación con la totalidad de las cuotas soportadas en las operaciones anteriores<sup>33</sup>. El régimen tiene por objeto liberar al empresario del peso del IVA devengado o pagado en el marco de sus actividades. El sistema común del IVA garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez sujetas al IVA<sup>34</sup>.

Por otra parte, el Tribunal de la Unión ya ha declarado que el principio fundamental de neutralidad del IVA exige que se conceda la deducción del IVA soportado si se cumplen los requisitos materiales, aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinados requisitos formales<sup>35</sup>. En consecuencia, desde el momento en que la Administración dispone de los datos necesarios para determinar que se cumplen los requisitos materiales, por lo que respecta al derecho del sujeto pasivo a deducir el IVA, no puede imponer requisitos adicionales cuyo efecto pueda ser la imposibilidad absoluta de ejercer tal derecho (véase la sentencia caso *Idexx Laboratories Italia*, causa C-590/13, apartado 40).

La identificación a efectos del IVA prevista en el art. 214 de la Directiva 2006/112, al igual que la obligación del sujeto de declarar el comienzo, la modificación y el cese de sus actividades, prevista en el art. 213 de la Directiva, no son más que requisitos formales con fines de control, que no pueden poner en tela de juicio la deducción del IVA cuando se cumplan los requisitos materiales que dan lugar a esos derechos (sentencias caso *Nidera Handelscompagnie*, causa C-385/09, apartado 50; caso *Tóth*, causa -324/11, apartado 32, y caso *Ablessio*, causa C-527/11, apartado 32). De ello resulta que no se puede impedir que un sujeto pasivo del IVA ejerza su derecho a deducir por el hecho de que no se haya identificado a efectos del IVA antes de utilizar los bienes adquiridos en el marco de

33 Sentencias caso *Gabalfrisa* [TJCE 2000, 47], causa C-110/98, apartado 43, y caso *Idexx Laboratories Italia* [TJCE 2015, 52], causa C-590/13, apartados 30 y 31.

34 En este sentido, las sentencias caso *Gabalfrisa* [TJCE 2000, 47], causa C-110/98, apartado 44, y caso *Idexx Laboratories Italia* [TJCE 2015, 52], causa C-590/13, apartado 32.

35 En este sentido, las sentencias caso *Ecotrade* [TJCE 2008, 105], causa C-95/07, apartado 63; caso *Uzodaépítő* [TJCE 2010, 282], causa C-392/09, apartado 39; caso *Nidera Handelscompagnie* [TJCE 2010, 316], causa C-385/09, apartados 42 y 43, y caso *Idexx Laboratories Italia* [TJCE 2015, 52], causa C-590/13, apartado 38.

su actividad gravada (en este sentido, la sentencia caso Nidera Handelscompagnie, causa C-385/09, apartado 51).

Además, las medidas que los Estados están facultados para adoptar en virtud del art. 273 de la Directiva 2006/112 para garantizar la recaudación y evitar el fraude no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos ni cuestionar la neutralidad del IVA<sup>36</sup>. Así, sancionar la inobservancia de obligaciones de contabilidad y de declaración con la denegación de la deducción va manifiestamente más allá de lo necesario para lograr el objetivo de asegurar la ejecución de tales obligaciones, toda vez que el Derecho de la Unión no impide que los Estados impongan, en su caso, una multa o una sanción pecuniaria proporcionada a la gravedad de la infracción. Dicha práctica va también más allá de lo necesario<sup>37</sup> para garantizar la recaudación y evitar el fraude en el sentido del art. 273 de la Directiva 2006/112, ya que puede llevar incluso a la pérdida de la deducción si la rectificación de la declaración por la Administración tiene lugar una vez finalizado el plazo de caducidad de que dispone el sujeto para proceder a la deducción (sentencia caso Ecotrade, causa C-95/07, apartados 67 y 68).

En el presente caso, y ésta es la *ratio decidendi*, de los autos se desprende que se cumplen los requisitos materiales del derecho a deducción del IVA soportado y que los actores fueron considerados sujetos pasivos del IVA con motivo de las actuaciones inspectoras, por lo que el aplazamiento de la aplicación del derecho a deducción hasta la presentación de una primera declaración por dichos sujetos por el motivo de que no estar registrados a efectos de IVA cuando efectuaron las operaciones, debiendo pagar además el impuesto correspondiente, va más allá de lo necesario para garantizar la recaudación y evitar el fraude.

En suma, la Directiva 2006/112 se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el derecho a deducción del IVA adeudado o soportado por bienes y servicios utilizados en el marco de operaciones gravadas se deniega al sujeto pasivo, que debe abonar el impuesto que debería haber repercutido, porque no estaba registrado a efectos del IVA cuando realizó estas operaciones, y mientras no se haya registrado debidamente a efectos del IVA y no haya presentado la declaración del impuesto adeudado.

36 En este sentido las sentencias caso Gabalfrisa [TJCE 2000, 47], causa C-110/98, apartado 52; caso Collée [TJCE 2007, 243], causa C-146/05, apartado 26; caso Nidera Handelscompagnie [TJCE 2010, 316], causa C-385/09, apartado 49, y caso Idexx Laboratories Italie [TJCE 2015, 52], apartados 36 y 37.

37 Puede verse MONDINI, A.: *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012; CASAS AGUDO, D.: "Inversión del sujeto pasivo o "reverse charge", límites temporales y requisitos formales del derecho a la deducción en el IVA y principio comunitario de proporcionalidad", *Crónica Tributaria*, núm. 131, 2009.

## X. RECALIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN.

El Tribunal remitente, *caso Salomie y Oltean*, pregunta también si el principio de seguridad jurídica se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que la Administración nacional decida, con motivo de una inspección fiscal, que determinadas operaciones deberían haber estado sujetas al IVA e imponga además el pago de recargos<sup>38</sup>.

Los actores cuestionan esa decisión alegando la vulneración del principio de seguridad jurídica porque, cuando efectuaron las operaciones inmobiliarias, ni la Directiva 77/388 del Consejo, Sexta Directiva, que estaba en vigor antes del 1 de enero de 2007, ni la jurisprudencia del Tribunal de la Unión habían sido publicadas en lengua rumana. Afirmar también que, hasta el año 2010, la Administración no consideraba que estas operaciones estuvieran sujetas al impuesto.

Según el Tribunal de la Unión, el principio de seguridad jurídica debe ser respetado por las instituciones de la Unión y también por los Estados en el ejercicio de las facultades que les confieren las directivas de la Unión (en este sentido sentencias caso Gemeente Leusden y Holin Groep, causa C-487/01, apartado 57; caso «Goed Wonen», causa C-376/02, apartado 32, y caso Elmeke NE, causa C-181/04, apartado 31).

De ello resulta que la legislación de la Unión debe ser precisa y su aplicación previsible, y que este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias económicas, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se le imponen (sentencia Irlanda/Comisión, 325/85, apartado 18). Asimismo, en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, las normas de los Estados deben formularse de una manera inequívoca que permita a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y a los tribunales nacionales garantizar su cumplimiento (sentencia caso Comisión/Italia, causa 257/86, apartado 12).

En el presente asunto, es claro que disposiciones reguladoras revisten tal carácter. La definición del «sujeto pasivo», que figura en el art. 127 del Código Fiscal de Rumanía, y transpone al Derecho nacional el art. 9, apartado 1 de la Directiva 2006/112, se refiere a quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna actividad, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad, y que deben considerarse «actividades económicas» las de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluida la

38 Apartado n° 28 y ss. de la sentencia del T.J.U.E. de 9 de julio de 2015 (TJCE 2015\291), caso *Salomie y Oltean*, causa C-183/14.



explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

Por otra parte, el punto 3 del Reglamento nº 44/2004, por el que se aprueban las disposiciones de aplicación del Código Fiscal de Rumanía, indica que la obtención por personas físicas de rentas derivadas de la venta de viviendas de su patrimonio personal o de otros bienes que empleen con fines personales no se considerará una actividad económica, salvo que se compruebe que se desarrolla con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

Por último, el art. 141 del Código Fiscal, en su versión vigente en 2008 y 2009, establecía que la exención del IVA aplicada a la entrega de construcciones o partes de construcciones y del terreno en que se asientan no es aplicable a la entrega de construcciones nuevas, de partes de construcciones o de terrenos edificables, lo que se ajusta además a los principios que regulan el IVA en el Derecho de la Unión. En consecuencia, no puede sostenerse razonablemente que las normas de Derecho nacional no establecen de manera suficientemente clara y precisa que la entrega de construcciones o de partes de construcciones y del terreno puede estar sujeta al IVA en determinados casos.

Por lo tanto, los actores no pueden invocar válidamente, en apoyo de su alegación de que el marco nacional aplicable no era suficientemente claro en el momento de la realización de los hechos, la falta de publicación en lengua rumana de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión sobre la materia y de la Sexta Directiva 77/388 que, en cualquier caso, ya no estaba en vigor desde la adhesión de Rumanía a la Unión el 1 de enero de 2007.

Las circunstancias del litigio principal no pueden compararse con las del caso que dio lugar a la sentencia caso Skoma-Lux, causa C-161/06, en la que el Tribunal de la Unión declaró que un reglamento de la Unión no publicado en la lengua de un Estado miembro no es oponible a los particulares en dicho Estado.

Es cierto que del principio de seguridad jurídica se desprende también que la situación fiscal del sujeto no puede cuestionarse de forma indefinida (sentencia caso Fatorie, causa C-424/12, apartado 46). Sin embargo, el Tribunal de la Unión ya ha declarado que el principio de seguridad jurídica no se opone a una práctica de la Administración consistente en revocar, dentro del plazo de preclusión, una decisión por la que ésta reconoció al sujeto un derecho a la deducción del IVA, reclamándole, a raíz de una nueva inspección, el impuesto e incrementos por demora (en este sentido, la sentencia caso Fatorie, causa -424/12, apartado 51).

En suma, que la Administración recalifique una operación como actividad sujeta al IVA durante el plazo de prescripción no puede vulnerar por sí sola este

principio, cuando no concurren otras circunstancias. Por ello, no puede alegarse fundadamente que, en circunstancias como las del litigio, el principio de seguridad jurídica se opone a que la Administración aprecie, a raíz de una inspección fiscal, que las operaciones deberían haber tributado por IVA.

## BIBLIOGRAFÍA

BAS SORIA, J.: *El IVA en las operaciones internacionales*, 3ª ed., Madrid, 2021.

BROWN, R. W.: "RBS Deutschland Holdings GmbH v HMRC: mind the gap", *British tax review*, núm. 6, 2007.

CALVO VERGEZ, J.:

- *El derecho de deducción en el IVA*, Madrid, 2015.
- "La devolución del IVA a los sujetos pasivos no establecidos en el Estado miembro de devolución pero establecidos en otro Estado miembro y a aquellos sujetos pasivos no establecidos en el territorio de la Comunidad. (Análisis de la STJUE de 15 de julio de 2010)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 321, 2011.

CASAS AGUDO, D.: "Inversión del sujeto pasivo o "reverse charge", límites temporales y requisitos formales del derecho a la deducción en el IVA y principio comunitario de proporcionalidad", *Crónica tributaria*, núm. 131, 2009.

DE LA FERIA, R.: *The EU VAT System and the Internal Market*, Amsterdam, 2009.

FALCÓN TELLA, R.: "El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones «híbridas» en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)", *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2011.

FALCÓN TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho fiscal internacional*, Madrid, Barcelona, Buenos aires, Sao Paulo, 2ª ed., 2013.

FEDELI, S. y FORTE, F.: "EU VAT frauds": *European journal of law and economics*, núm. 2, 2011.

HEYDARY, S. y CORNIELJE, S. B.: "The brittle reincarnation of VAT saving schemes", *Derivatives and financial instruments*, núm. 2, 2011.

MONDINI, A.: *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012.

QUIGLEY, P.: "Extension of French Reverse Charge Mechanism", *International VAT monitor*, núm. 1, 2007.

RIZZARDI, R.: "Abuso del diritto: svolta della Corte di cassazione e della Corte di giustizia UE", *Corriere tributario*, núm. 9, 2011.

SWINKELS, J. J. P.: "Belastingneutraliteit en grensoverschrijdende dienstverlening in Europa", *Weekblad fiscaal recht*, núm. 130, 2011.

TURIS, P.: "Sesta direttiva Iva - Nozioni di "pratica abusiva" - Operazioni di leasing effettuate da un gruppo di imprese e dirette a ripartire il pagamento dell'IVA non detraibile", *Il Fisco (II)*, núm. 2, 2011.

VILLANI, M.: "Quando il leasing non vuol dire "abuso", *Rivista di diritto tributario*, núm. 6, 2011.

VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W.: "Los hechos gravados en el IVA en el Derecho comparado", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 72, 2014.

VILLAR EZCURRA, M.: "La inversión del sujeto pasivo como recurso técnico y medida antifraude en el IVA", *Quincena fiscal* núm. 7, 2014.

WATERSON, R. y FARMER, P.: "HMRC v Weald Leasing Ltd and HMRC v RBS Deutschland Holdings GmbH: abuse of law developments", *British tax review*, núm. 2, 2011.



EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO ITALIANO, UN ACERCAMIENTO DESDE EL  
PUNTO DE VISTA PROCESAL

*THE UNDERCOVER AGENT IN THE ITALIAN LEGAL ORDER,  
AN APPROACH FROM A PROCEDURAL POINT OF VIEW*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 398-441*

Susana  
SÁNCHEZ  
GONZÁLEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 29 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** En este artículo se relata la evolución normativa que ha tenido la figura del agente encubierto en el ordenamiento jurídico italiano. Posteriormente, analizo su vertiente como diligencia de investigación en la instrucción del proceso penal y para ello especifico las personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas, describo la autorización que deben obtener, la información que deben aportar al proceso así como la duración que pueden tener sus operaciones. Delimito su ámbito de actuación, expongo los delitos que pueden investigar, las actividades que pueden realizar y explico su posible exención de responsabilidad criminal. Una vez analizada la primera de sus vertientes o roles en el proceso penal, expongo la segunda, que es constituir un medio probatorio y una fuente de pruebas en el juicio oral, analizando para ello la testifical del encubierto y el resto de medios probatorios que aporta el agente encubierto al proceso. Por último, me centro en el agente encubierto virtual en Italia relatando sus principales características y funciones.

**PALABRAS CLAVE:** Agente encubierto; delincuencia organizada; proceso penal italiano; diligencia de investigación; prueba testifical; medios probatorios.

**ABSTRACT:** *This article describes the regulatory evolution of undercover agents in the Italian legal system. Later, I analyse its role as an investigative measure in criminal proceedings, specifying the persons who may be involved in undercover activities, describing the authorisation they must obtain, the information they must provide to the prosecution and the duration of their operations. I delimit their scope of action, outline the crimes they can investigate, the activities they can carry out and explain their possible exemption from criminal liability. Once the first of its aspects or roles in the criminal process has been analysed, I will explain the second, which is to constitute a means of proof and a source of evidence in the oral trial, analysing the testimony of the undercover agent and the rest of the means of proof that the undercover agent brings to the process. Finally, I focus on the virtual undercover agent in Italy by outlining his main characteristics and functions.*

**KEY WORDS:** *Undercover agent; organised crime; Italian criminal procedure; investigative diligence; testimonial evidence; means of evidence.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. REGULACIÓN LEGAL.- III. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN PENAL.- 1. Personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas en Italia.- 2. Autorización de las actividades encubiertas, información al Juzgado y duración.- 3. Ámbito de actuación de los agentes encubiertos en Italia. Delitos que puede investigar, actividades que puede realizar y la posible exención de responsabilidad criminal del agente encubierto en Italia.- A) *Ámbito de actuación de los agentes encubiertos.*- B) *Delitos que puede investigar.*- C) *Actividades que puede realizar el agente encubierto.*- D) *Exención de la responsabilidad criminal del agente encubierto.*- IV. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO MEDIO PROBATORIO Y COMO FUENTE DE PRUEBAS.- 1. El agente encubierto como medio probatorio: su prueba testifical.- 2. El agente encubierto como fuente de pruebas: los resultados de la actividad encubierta.- V. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO EN ITALIA.- 1. Autorización e información del agente encubierto informático.- 2. Funcionarios que pueden ser agente encubierto informático.- 3. Actividades que puede realizar el agente encubierto informático.- VI. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

Para entender la figura del agente encubierto en Italia es necesario comprender que es un país que lleva preocupado por combatir la delincuencia organizada mucho tiempo, esto se ha ido reflejando en sus normas y por supuesto, en la regulación de instrumentos para combatirla, como ocurrió con el agente encubierto.

Hoy en día la mafia sigue siendo un fenómeno usual y presente en todos los ámbitos sociales de Italia. Las organizaciones criminales se encuentran infiltradas en la economía legal a través de empresas muy rentables que combinan la realización de negocios legales e ilegales a la perfección. El arraigo territorial es completo y los vínculos políticos y policiales son muy, muy fuertes. En la actualidad, la delincuencia organizada en Italia cuenta con innumerables formas de tener influencia en cualquier entorno invirtiendo, como decimos, en esferas legales para blanquear el capital que surge de sus actividades, para obtener más poder en las zonas en las que actúan y con ello, más control.

En la actualidad, las mafias italianas ya tienen ese control, poder e influencia necesarias y siguen teniendo las mismas necesidades pero sí que es cierto que sus actividades han ido cambiando a medida que ha evolucionado la sociedad. El objeto social de sus sociedades mercantiles es distinto, pero siguen teniendo empresas porque tienen la misma o más necesidad de licitar sus ingresos. Su apariencia legal les ayuda a cometer delitos, pero su *modus operandi* sigue siendo el de antaño. Observamos, por ejemplo, que cada vez adquieren más sociedades

### • Susana Sánchez González

Doctora en Derecho por la Universidad de Granada y por la Universidad de Bolonia Alma Mater Studiorum (Italia), tesis realizada en el marco de una cotutela internacional entre la Universidad de Granada y la Universidad de Bolonia gracias a la beca Santa Catalina de Bolonia del Real Colegio de España formando parte de la primera promoción de mujeres que acceden a esta prestigiosa institución. Máster Universitario en criminalidad e intervención social con menores. Correo electrónico: susanasanchez@correo.ugr.es.



que trabajan con productos químicos para que sea más sencillo adquirir las sustancias necesarias para producir droga, otro negocio muy actual que tienen está relacionado con las máquinas de ocio o *tragaperras* presentes en prácticamente todos los lugares de ocio italianos. Las mafias italianas siguen extorsionando, amenazando e intimidando, el *pizzo* debe ser pagado a cambio de protección, esto no ha desaparecido.

De esta forma, si los empresarios italianos se niegan a pagar las cuotas que les piden le amenazarán a ellos y a toda su familia e incitarán al resto de negocios de la zona que le hagan *boicot* en todos los aspectos: social y empresario, es decir que cesen sus tratos de toda índole. Si les permiten continuar con vida la mafia se ocupará de su muerte social provocando su aislamiento, la quiebra de sus empresas, que sus vecinos no les hablen, no consuman en sus negocios, entre otros<sup>1</sup>. Por lo que se sigue afectando a la libre competencia y actuación de los empresarios. Italia cuenta con un fondo de solidaridad para con las víctimas del crimen organizado, la extorsión y la usura al que pueden acceder tras un procedimiento, tras denunciar.

El Estado italiano también busca proteger a las víctimas<sup>2</sup>, como bien podemos observar en su última ley de protección de colaboradores de la justicia del año 2001<sup>3</sup>, donde el Estado italiano fija unas medidas especiales de protección y un programa especial de protección. Italia cuenta con un sistema estructurado de protección de testigos, pero la realidad es que los objetivos de esta norma no se cumplen porque los ciudadanos italianos siguen teniendo miedo a denunciar y miedo a acudir como testigos a los procesos penales contra la *Cosa Nostra*, la *N'drangheta*, la *Camorra*, la *Sacra Corona Unita*, la *Casamonica*. Por lo que, observamos distintas entidades que ayudan a las víctimas como la *Federazione delle Associazioni Antiracket e Antiusura Italiane (FAI)* en la que se agrupan varias asociaciones para luchar contra las extorsiones de la mafia<sup>4</sup>. También podemos resaltar *Libera* que se trata de una agrupación de asociaciones y se encarga de promocionar la legalidad sobre todo en el entorno empresarial, ejerce una labor de educación antimafia. El *Addiopizzo* que se trata de otra asociación para apoyar a las víctimas de la mafia y creando una red o mapa de empresas que no pagan

1 JORDA SANZ, C.: "La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta", *Revista Real Instituto Elcano*, núm. 51, 2021, pp. 1-8.

2 Podemos observar que las primeras disposiciones legales que prevén y regulan un sistema orgánico de protección de los colaboradores de la justicia se introdujeron en Italia con el Decreto-Ley n. 8 de 15 de enero de 1991, convertido, con modificaciones, en la Ley n. 82 de 15 de marzo de 1991.

3 *Legge 13 febbraio 2001, n. 45, Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza*. En español, modificación de las normas sobre protección y sanción de las personas que colaboran con la justicia, así como de las disposiciones en favor de los testigos.

4 La misma se ocupa de ayudar a las víctimas en los procesos penales y emprenden la acción civil contra la mafia en dichos procesos, además ofrecen ayuda económica a las víctimas.

a la mafia comprometiéndose a apoyarse entre los mismos para no caer en las extorsiones mafiosas<sup>5</sup>.

En este contexto, la utilización de medios especiales de investigación era y es necesario para poder investigar, obtener indicios, pruebas, procesar y llegar a castigar a los miembros de las mafias que tanto daño le hacen a la sociedad italiana. De esta forma surge y continúa existiendo la figura del agente encubierto que es un funcionario policía que accede a infiltrarse en una organización criminal con el fin de obtener indicios, pruebas para aportarlos al proceso y ayudar a la investigación con la doble finalidad de que posteriormente, en las sesiones de juicio oral constituirá una prueba en sí misma, la testifical del encubierto. Se trata de una figura procesal excepcional y muy peligrosa que es necesario analizar de manera pormenorizada en relación con el proceso penal italiano, a ello dedicamos este artículo.

## II. REGULACIÓN LEGAL.

Como exponíamos, la delincuencia organizada en Italia ha sido y es una gran lacra presente de manera estructural y transversal en su sociedad desde muy antiguo. La misma ha sido siempre muy complicada de investigar, por ello, las operaciones encubiertas han sido y son utilizadas para tratar de obtener indicios y pruebas para conseguir castigar a los victimarios. El legislador italiano atendió las peticiones de regulación directa a principios de los años noventa, cuando se tuvo que crear una legislación de emergencia. Se legisla para combatir el crimen organizado y otras formas más graves de delincuencia. Todos los autores consultados coinciden en que la regulación de las operaciones encubiertas ha sido recogida en normativas diversas de manera heterogénea a lo largo de los años<sup>6</sup>. De manera que desde los años noventa se ha ido evolucionando desde una regulación sectorial hasta tener, lo que hoy se conoce como *el estatuto de las operaciones encubiertas*<sup>7</sup>. Veamos las principales normas que han regulado las operaciones encubiertas en Italia:

Legge 9 ottobre 1990, n. 309 Aggiornamento, modifiche ed integrazioni della legge 22 dicembre 1975, n. 685 recante disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, provenzone, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza<sup>8</sup>.

5 JORDA SANZ, C.: "La importancia de la resistencia", cit., p. 6.

6 CATERINI, M., ROCCA, M.: "L'agente sotto copertura al limite della provocazione", núm. 1, *Ordines*, 2022, pp. 164-192, FANCHIOTTI, V.: "Agente sottocopertura", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Italia, 2021, pp. 1-25, ROSS, J.: "Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, núm. 1, 2020, pp. 1-24, COTTI, G.: "Operazioni sotto copertura e garanzie procedurali", *Tesi di laurea in Diritto Processuale Penale*, Dir. Orlandi, R., Università di Bologna, 2018, pp. 26-52, entre otros.

7 Aunque en puridad, no se trata de una norma estatutaria, sino que es una ley conocida como estatuto de las operaciones encubiertas.

8 En español, Ley n° 62 de 26 de junio de 1990 que actualiza, modifica y completa la Ley n° 685 de 22 de diciembre de 1995 que regula los estupefacentes y las sustancias psicotrópicas, la procedencia, el

En primer lugar, nos referimos a esta norma, se trata de un decreto del presidente de la República de 9 de octubre de 1990 sobre narcotráfico. Fue creado por el legislador italiano en estela, por repercusión de la Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988 sobre la represión del tráfico de estupefacientes que fue ratificada por Italia el 5 de noviembre de 1990, n. 328. Dicho texto único de la ley en materia de disciplina de los estupefacientes de 1990 contiene la primera regulación de las actividades encubiertas.

Se trata, por tanto, de la primera disposición sobre la materia contenida en la 162/1990 (complementario de la ley n. 685/1975) que introdujo, en el art. 25, el "Capítulo III - Disposiciones sobre la actividad de policía judicial". De esta forma, la Ley del 1990 como decimos, fue la primera norma que regula las actividades encubiertas, por la misma se autoriza a la policía judicial perteneciente a la unidad especializada antidroga a infiltrarse en organizaciones criminales. De esta forma, se trata de una positivización bastante tardía de esta figura, aunque tenga lugar antes de que se regulara en España por primera vez en el 1999<sup>9</sup>.

En la norma italiana se establece que la policía judicial involucrada en la compra simulada de sustancias estupefacientes y psicotrópicas siempre que cumplan determinadas condiciones de legitimidad, no es punible. Los agentes encubiertos en virtud de esta ley podían proceder a la compra, a adquirir drogas y estaban exentos de responsabilidad criminal, pero no para realizar otras conductas prohibidas. Posteriormente, la jurisprudencia amplió estas actividades a la tenencia, el transporte, exportación e importación de sustancias estupefacientes.

Esta norma determina que la adquisición simulada de estupefacientes debe estar dirigida exclusivamente a obtener elementos de prueba relativos a los delitos previstos en dicha ley, debiendo informar inmediatamente a la Dirección Central de los Servicios Antidroga y a la autoridad judicial. Por lo que estamos ante una exigencia del cumplimiento de un deber, y por ello no habría antijuricidad en su comportamiento, no sería punible. Hemos de destacar que posteriormente también se extendió tal antijuricidad a todas aquellas actividades que pueda realizar el agente policía con estrecha relación al tráfico de sustancias estupefacientes.

Así, si el agente encubierto ha actuado de acuerdo a la ley entrará en el proceso penal y será tratado como un testigo, de lo contrario no se le podrá tratar como testigo, no se le podrá aplicar la exigencia legal y entrará como coimputado en

---

tratamiento y la rehabilitación de la toxicomanía. Otros ejemplos sobre la regulación del agente encubierto en países europeos los podemos encontrar en Alemania con la Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada del 15 de julio de 1992 (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität- OrKG*) y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la *StPO*, ha introducido la figura del agente encubierto (*Verdeckter Ermittler*).

9 Con la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero.

el proceso penal italiano. Sin embargo, en virtud de cómo participaría el agente encubierto en el delito que se investiga estaríamos ante un coimputado y en el plenario participaría como tal<sup>10</sup>.

A la luz de esta norma que analizamos, en su art. 25 se le reconoce la categoría de infiltrado, representando el momento de la compra de sustancias estupefacientes el culmen de dicha operación junto con la averiguación y obtención de medios probatorios, sus actividades no pueden exceder de las descritas, es decir, solo puede hacer lo estrictamente necesario para cumplir dichos objetivos (como ocurría y ocurre en España, para no incurrir en la provocación del delito)<sup>11</sup>.

*Legge 15 marzo 1991, n. 82, conversione in legge, con modificazioni, di decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia*<sup>12</sup>.

En segundo lugar y al año siguiente, se dicta el decreto ley 15 de enero de 1991 número 8 convertido con modificaciones en la ley 15 de marzo de 1991 número 82. En la misma es resaltable que también se prevén operaciones simuladas de pagos de rescate cuando sea necesario para obtener pruebas sobre los secuestradores.

*Decreto-Legge de 8 de junio de 1992, n.306 Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*<sup>13</sup>.

Posteriormente fue convertido en Ley el 7 de agosto del 1992 con n.356, se pronuncia de manera similar a la anterior norma, en el art. 12 *quáter* I y 2 de esta norma justifican las actuaciones de los agentes de la policía judicial o de la Direzione investigativa antimafia siempre y cuando se de cuenta inmediata al Juez de su actuación cuando dichos agentes estén trabajando para obtener pruebas, cuando proceden a sustituir dinero, bienes que provengan de las actividades delictivas así como adquirir, recibir u ocultar armas, municiones o explosivos y siempre y cuando esto se realice con el fin de investigar dichos delitos<sup>14</sup>.

10 Algo que, como apunta el profesor GASCÓN INCHAUSTI es controvertido ya que el art. 197.1 del *Codice di procedura Penale* prohíbe escuchar como testigo a un coimputado, y como señala PETRELLA es necesario que se den otros elementos probatorios para confirmar su verosimilitud, algo que podemos observar en el art. 192.3 del mismo código. GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, p. 49; y PETRELLA, M.: "L'acquisto simulato di droga. Art. 97", en AA.VV.: *Le sostanze stupefacenti* (coord. G. INSOLERA), Giuffrè Francis Lefebvre, Turín, 1998, pp.349-351.

11 En Italia, el antecesor del agente encubierto es el agente provocador.

12 En español: Ley n° 82, de 15 de marzo de 1991, por la que se convierte en ley, con modificaciones, el Decreto Ley n° 8, de 15 de enero de 1991, que contiene nuevas medidas relativas al secuestro con extorsión y a la protección de las personas que colaboran con la justicia.

13 En español Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n.306 Modificaciones urgentes del nuevo Código de Procedimiento Penal y disposiciones para combatir la delincuencia mafiosa

14 Este artículo concretamente en español: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal, los agentes de la Policía Judicial, de la Dirección de Investigación Antimafia (...), no son sancionables, a los efectos de la obtención de pruebas sobre los delitos a que se refiere el artículo 648 bis y 648 ter del Código Penal, cuando procedan a la reposición de dinero, bienes u otros beneficios derivados de cualquiera de

*Legge 3 agosto 1998, n. 269, norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*<sup>15</sup>.

Más adelante en el tiempo, encontramos esta cuarta norma de referencia que prevé la utilización del agente encubierto en la investigación de explotación sexual, pornografía ilegal, turismo sexual en perjuicio de los menores, concretamente su art. 14. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico italiano también prevé la figura del agente encubierto en el art. 14 de su Ley contra la explotación de la prostitución, la pornografía, el turismo sexual en detrimento de los menores, como nuevas formas de esclavitud del 3 de agosto de 1998, n.269, en la misma se prevé la infiltración para obtener pruebas de estos delitos tan graves, siempre, como en los anteriores casos, con autorización judicial. En esta ley se prevé la utilización de agentes encubiertos para investigar estos delitos, para estos fines, los mismos podrán simular la adquisición de pornografía infantil, así como participar como intermediarios para divulgar estos contenidos, también pueden participar en la investigación de las actividades turísticas de prostitución de menores. Es importante destacar que se regula expresamente la infiltración en la red con el objetivo de poder investigar también en este entorno porque ya desde antes de la promulgación de dicha norma se venían observando la preparación, el fomento e incluso la perpetración de estos delitos en la red<sup>16</sup>.

Por último, es importante añadir que, a diferencia de las otras normas que regulan el agente encubierto en dicho ordenamiento, en esta el legislador italiano presta más atención en la autorización que debe otorgar el Juez, y se detallan más las actividades que puede protagonizar el agente encubierto<sup>17</sup>.

*Legge 15 dicembre 2001, n. 438 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*<sup>18</sup>.

Esta ley también prevé la posibilidad de autorizar esta diligencia de investigación para estos delitos.

---

los delitos señalados en los artículos antes mencionados, o bien procedan de tal forma que dificulte la identificación de su origen o con el fin de permitir su uso.

- 15 En español: Ley nº 269 de 3 de agosto de 1998 Normas contra la explotación de la prostitución, la pornografía, el turismo sexual en perjuicio de menores, como nuevas formas de esclavitud.
- 16 De hecho, las operaciones encubiertas en internet se prevén en Italia en la Legge n. 269/1998 contra la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de los menores, como nuevas formas de esclavitud, concretamente en su art. 14.2 de la que hablaremos más adelante.
- 17 Pero, a la luz de GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial*, cit., p. 53. A pesar de ello, seguía siendo una regulación "incompleta y sectorial" opinión a la que nos sumamos.
- 18 En español: Ley nº 438 de 15 de diciembre de 2001 Conversión en ley, con modificaciones, del Decreto Ley nº 374 de 18 de octubre de 2001, que contiene disposiciones urgentes para luchar contra el terrorismo internacional.

*Legge 16 marzo 2006, n. 146. Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*<sup>19</sup>.

Por otro lado, también hemos de mencionar la ley número 146 del 2006 de Ratificación y ejecución de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional<sup>20</sup> y el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente de mujeres y niños<sup>21</sup> con esta ley se pretende unificar toda la regulación de las operaciones encubiertas de los anteriores 16 años, porque la parcelación normativa que existía daba lugar a grandes incertezas a nivel interpretativo, aplicativo y operativo. En la misma, los art. 9 y 11 dibujan una disciplina estandarizada de las operaciones encubiertas. El art. 9 trata expresamente de las “operaciones encubiertas” y el art. 11 sobre “Casos especiales de decomiso obligatorio y decomiso equivalente”.

De acuerdo con CATERINI y ROCCA efectivamente, consideramos que esta norma unificó la regulación de esta figura que estaba muy fragmentada y era incompleta.<sup>22</sup> Deroga las anteriores normas sobre la materia porque las armoniza. Además, introduce una nueva figura de agente encubierto en materia de juegos con el fin de impedir el juego a los menores cuyo premio sea en dinero, luchar contra la evasión fiscal y el uso de prácticas ilegales para eludir el monopolio público del juego. Prevé que los sujetos legitimados para ejercer de agente encubierto son los policías judiciales pertenecientes a las estructuras especializadas de la Policía del Estado, de los Carabinieri y del Cuerpo de la Guardia di Finanza o de la Dirección de Investigación Antimafia, dentro de los límites de sus competencias. Esta ley, también garantiza la no punibilidad del agente encubierto en unos casos determinados como podemos observar en su art. 9, sin perjuicio de lo previsto en el art. 51 de su *Codice Penale* (en adelante, CP).

El agente encubierto en Italia es punible, pero existen supuestos de impunidad para que desarrolle su trabajo. Esta ley también prevé crear una identidad falsa y todo lo necesario para que la misma sea creíble y para salvaguardar la identidad del agente encubierto. Introduce un delito que castiga a quien divulgue su identidad, art. 9, co. 10, de la ley n. 146/2006. La normativa italiana establece que la actividad del agente encubierto debe ser dirigida a recoger elementos de prueba de los delitos específicamente indicados en la ley. Y determina los delitos que específicamente puede investigar el agente encubierto en su art. 9. Especifica,

19 En español: Ley n° 146 de 16 de marzo de 2006. Ratificación y ejecución de la Convención y Protocolos de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000 y el 31 de mayo de 2001.

20 De 15 de diciembre del 2000, también llamada Convención de Palermo.

21 Adoptada por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000.

22 CATERINI, M., ROCCA, M.: “L'agente sotto copertura”, cit., p. 166.

que el agente encubierto debe trasladar toda la información al Fiscal General en el Tribunal de Apelación, y en los casos previstos por el art. 51, co. 3-bis, a la Fiscalía Nacional Antimafia.

Según FANCHIOTTI, este intento de unificación legislativa no tuvo los resultados que se esperaba porque no se deroga toda la normativa anterior dando lugar a que convivan normas heterogéneas que no aportan homogeneidad a la regulación de la materia<sup>23</sup>.

En definitiva, con la reforma del 2006 se confirmó y unificó que la policía judicial podía realizar actividades encubiertas de las cuales se debía informar al Fiscal General así como al Fiscal General de Apelación y, para los delitos contemplados en el art. 51, apartado 3-bis, Código de Procedimiento Penal, al Fiscal Nacional Antimafia y Antiterrorista, antes de iniciar la propia actividad encubierta porque de lo contrario, sería solamente infiltrada y después se añade el deber de los agentes de policía individuales de notificar al magistrado lo antes posible y siempre en un plazo de como máximo 48 horas.

Es conveniente destacar la última modificación que ha sufrido esta norma en octubre del 2023 a través de la Legge 9 ottobre 2023, n. 137 (in G.U. 09/10/2023, n.236) que afecta al art. 9 que modifica el régimen jurídico del agente encubierto en Italia. Añadiendo específicamente otro supuesto de no punibilidad del agente encubierto, en el apartado l b) cuando penetren en un sistema informático o de telecomunicaciones, dañen, deterioren, supriman, alteren o de cualquier forma interfieran en un sistema informático o de telecomunicaciones o en las informaciones, datos y programas contenidos en los mismos, activen identidades, incluidas las identidades digitales, dominios y espacios informáticos cualquiera que sea su denominación, incluso mediante el tratamiento de datos personales de terceros, o tomen el control o usen el dominio y el espacio informático de otra persona cualquiera que sea su denominación o realicen actividades instrumentales.

También se añade el apartado ter a la letra b) de la que hablamos, estableciendo la no punibilidad de los agentes encubiertos informáticos cuando en el curso de sus investigaciones dañen, deterioren, borren, alteren o en cualquier caso intervengan en un sistema informático o de telecomunicaciones o en la información, datos y programas contenidos en el mismo, activen identidades, incluidas las digitales, dominios y espacios informáticos cualquiera que sea su denominación, traten

23 FANCHIOTTI, V.: "Agente sottocopertura", cit., p. 19, porque según el apartado II del art. 9 de la misma Ley 146/2006 solo deroga el Art. 10 del Decreto-Ley n° 419, de 31 de diciembre de 1991, convertido, con modificaciones, en la Ley n° 172, de 18 de febrero de 1992, en su versión modificada. El art. 12 *quáter* del Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n° 306, convertido, con modificaciones, por la Ley n° 356 de 7 de agosto de 1992; el Art. 12, apartado 3-septies, del Texto Único del Decreto Legislativo n° 286, de 25 de julio de 1998; el apartado 4 del art. 14 de la Ley n° 269, de 3 de agosto de 1998; el art. 4 del Decreto-Ley n° 374, de 18 de octubre de 2001, convertido, con modificaciones, por la Ley n° 438, de 15 de diciembre de 2001; el art. 10 de la Ley n° 228, de 11 de agosto de 2003.

datos personales de terceros, o tomen el control o en cualquier caso hagan uso del dominio y espacio informático de otra persona cualquiera que sea su denominación o realicen actividades instrumentales.

Al apartado cuarto del art. 9 se añaden otros casos en los que el órgano que ordene la ejecución de las operaciones contempladas en los apartados 1 y 2 debe informar previamente a la autoridad judicial encargada de la investigación, tales son los recogidos en los arts. 51.3-bis y 3-ter y 371-bis.4-bis su *Codice di Procedura Penale* (en adelante, CPP), al Fiscal Nacional Antimafia y Antiterrorista.

Y, por último, en el apartado ocho siempre del art. 9 se añade que para las infracciones contempladas en el art. 51, apartados 3-bis y 3-quáter, y 371-bis, apartado 4-bis, del Código de Procedimiento Penal, las comunicaciones mencionadas en los apartados 4, 6 y 6-bis y las medidas adoptadas por el fiscal en aplicación del apartado 7 serán transmitidas al Fiscal Nacional Antimafia y Antiterrorista.

*Legge 3 agosto 2007, n. 124 Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*<sup>24</sup> in particolare agli art. 17-28.

Se trata de la ley que reforma la estructura y la organización de los servicios secretos de la República Italiana y del secreto de Estado en Italia. Concretamente, nos gustaría destacar los arts. 17 al 28 pues tienen especial relevancia y relación con el agente encubierto ya que los servicios de inteligencia comparten algunas características y rasgos definitorios con el agente encubierto, entre las más paradigmáticas, el secreto en sus actuaciones. Este abanico de artículos se encuentran en el capítulo III sobre las garantías funcionales el estatuto jurídico del personal y contabilidad.

Así, el art. 17 trata sobre el alcance de las garantías funcionales por el cual se prevé una exención de responsabilidad criminal para los servicios de inteligencia *servizi di informazione* siempre que estén legítimamente autorizados en cada momento en la medida que sean indispensables para los fines institucionales de dichos servicios, y siempre que se cumplan con los límites establecidos en los apartados 2, 3, 4 y 5 de dicho art. 17 y de los procedimientos previstos en el art. 18. Por lo tanto, no se les aplicaría dicha exención de responsabilidad criminal cuando cometan delitos que pongan en peligro o lesionen la vida, integridad física, la personalidad individual, la libertad personal, la moral libertad personal, la libertad moral, la salud o la seguridad de una o más personas. Cuando cometan alguno de los delitos recogidos en los art. 255, art. 289 y 294 del CP italiano, en *la legge 20*

24 En español: Ley n° 124 de 3 de agosto de 2007, Sistema de Información para la Seguridad de la República y nueva normativa sobre el secreto.



febbraio 1958, n. 75, así como delitos contra la administración de justicia, salvo en el caso de que se trate de conductas de complicidad personal o real indispensables para salvaguardar la seguridad de los servicios de información y realizadas cumpliendo con el art. 18, siempre que no se lleve a cabo con declaraciones falsas a las autoridades judiciales o mediante la ocultación de pruebas de un delito o no tengan por objeto inducir a error las investigaciones ordenadas por la autoridad judicial entre otras que podemos observar en el propio artículo.

Y en el mismo, en el apartado sexto establece las situaciones en las que sí que se va a aplicar la causa de justificación de la responsabilidad criminal, especificándolas en la propia ley en sus apartados a), b), c) y d). Por último, dicho artículo también hace extensible esa "especial causa de justificación", es decir, esa exención de responsabilidad criminal a las personas que no formen parte del *personale dei servizi di informazione per la sicurezza* pero que hayan cooperado con los mismos por condiciones particulares y por excepcional necesidad.

El art. 18 prevé procedimientos de autorización de conductas previstas en la ley como delito, en su apartado segundo determina que es el Consejo de Ministros o la autoridad delegada los encargados de conceder la autorización al *servizio di informazione per la sicurezza*. El art. 19 trata sobre la oposición de la causa especial de justificación a la autoridad judicial articulando en el mismo el procedimiento a seguir y las causas. En el art. 20 se prevén las sanciones penales para los miembros del servicio de inteligencia y las personas que prevé el art. 17. 7 que fijan reunir las condiciones para obtener esa causa especial de justificación. El art. 21 fija un límite máximo de personal especial, una cuota de personal especial que se determina mediante un reglamento especial que también regula la organización y contratación del personal, garantizando la unidad de su dirección, gestión, tratamiento económico y de seguridad social, así como el régimen de publicidad de la propia norma. En el apartado segundo de dicho artículo determina los contenidos recogidos en el reglamento fijando, entre otros aspectos, las modalidades de concurso y selección adecuadas, también abiertas a ciudadanos ajenos a la administración pública, para la selección de personal. En su art. 22 fija la tutela jurisdiccional administrativa para conocer los litigios relativos a la relación laboral de estos agentes.

Especial atención merece su art. 23, el mismo, determina que los agentes que regula dicha norma están excluidos de la condición de funcionario o agente de policía, de policía judicial y de seguridad pública, porque dichas capacidades quedarán suspendidas durante su periodo de pertenencia a los *servizi di informazione per la sicurezza* y también es necesario destacar el apartado séptimo del mismo art. 24 por el cual el director de los *Servizi di informazione per la sicurezza* el Director General del *Dipartimento delle informazioni per la sicurezza* (en adelante

DIS) están obligados a facilitar a los órganos de policía judicial la información y las pruebas relativas a hechos que puedan ser constitutivos de delito, de los que hayan adquirido conocimiento.

El art. 24 de la ley que analizamos habla sobre la identidad encubierta que, al igual que sucede con los agentes encubiertos, también pueden ostentar los trabajadores del *servizi di informazione per la sicurezza*, es decir, los miembros del servicio de inteligencia nacional italiano. Como ocurre con el agente encubierto, éstos también pueden recibir una identidad falsa para realizar sus investigaciones, además de la expedición de todo tipo de documentos administrativos que avalen esa nueva identidad. El Director general del DIS se lo tiene que notificar al Presidente del Consejo de Ministros o a la Autoridad delegada. Y, en su apartado segundo, reitera que, aunque han recibido una identidad supuesta y otros documentos administrativos, no les convierten en agentes de policía judicial de *pubblica sicurezza* o de *polizia tributaria*. Por último, el apartado tercero del art. 24 establece la forma de expedición y conservación, así como el plazo de validez de los documentos y certificados a que se refiere el apartado I, determinando que se definirán mediante reglamentos específicos. La Institución DIS llevará un registro confidencial en el que consten los plazos y procedimientos seguidos para la expedición de los documentos y certificados a que se refiere el apartado I. Finalmente, cuando termine la operación el documento o certificado se conservará en un archivo especial establecido en la "Institución DIS".

En el art. 25 se habla de las actividades simuladas, habilitando a dichos agentes a realizar actividades económicas simuladas, como la creación de sociedades unipersonales y sociedades de cualquier otra naturaleza. Determinando, que el reglamento de los *Servizi di informazione per la sicurezza* establecerá las modalidades de realización de esas actividades. En su art. 26, encontramos el régimen de tratamiento de los datos personales o información personal de los miembros del *Servizi di informazione per la sicurezza*. En el art. 27, podemos apreciar la protección de dicho personal durante los procedimientos judiciales, estableciendo las cautelas procesales que se deben de seguir cuando un miembro del *Servizio di informazione per la sicurezza* deba acudir al proceso, cuando deba declarar en las sesiones orales, se prevé que pueda participar a distancia. También las precauciones durante el curso de la investigación.

Además, a través del art. 28 se introduce el art. 270-bis en su Codice di Procedura Penale sobre las comunicaciones de los miembros del Departamento de Inteligencia de Seguridad y los *Servizi di informazione per la sicurezza* guardando en secreto, custodiando en un lugar protegido los documentos, los soportes y los actos sobre dichas comunicaciones. En este artículo, se regula el régimen de secreto de estas comunicaciones.

En definitiva, lo que pretendemos esbozar en estas líneas anteriores es que Italia también cuenta con una ley que prevé y regula sus servicios de inteligencia. Que los mismos también pueden ostentar una identidad supuesta o ficticia y estar exentos de responsabilidad en casos tasados expresamente en dicha ley sin ser agentes encubiertos y contando con diferencias sustanciales respecto a los agentes encubiertos italianos, pero también con muchos parecidos. Además, en el ordenamiento jurídico italiano existe un reglamento que desarrolla más específicamente el régimen del personal de los servicios secretos italianos<sup>25</sup>. También cuentan con regulación sobre los secretos, como ocurre en España con la ley de secretos oficiales<sup>26</sup>.

*Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*<sup>27</sup>.

Pues bien, siguiendo con la evolución legislativa de la regulación de las operaciones encubiertas, tenemos que, solo tras cuatro años desde la armonización se dicta otra norma para unificar aún más las operaciones encubiertas a la luz de las experiencias legislativas extranjeras y centrándose en los aspectos de fondo y procesales.

Con esta ley se amplía aún más el ámbito de aplicación del agente encubierto en Italia, por ejemplo, para investigar las organizaciones criminales que ahora mismo actúan corrompiendo el sistema de recogida de residuos o en la inmigración clandestina. Se pueden investigar con agente encubierto los delitos previstos en los arts. 473, 474, 629, 630, 644, 648 *bis*, 648 *ter* del libro II, título 12, sección primera relativa a los delitos contra la personalidad individual de su CP. Delitos en relación con armas, municiones, explosivos. Delitos previstos en el art. 12 sobre inmigración, delitos previstos en el texto único de la ley en materia de disciplina de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Delitos previstos en el art. 260 en la ley 152/2006 actividad organizada para el tráfico ilícito de residuos. Delitos previstos en el art. 3 de la ley del 20 de febrero 1958 número 75 abolición de la reglamentación de la prostitución y lucha contra la explotación de la prostitución de otros, la llamada *Legge Merlin*. Delitos cometidos con fines terroristas o subversión. También se extiende el ámbito de actuación del agente encubierto a la investigación de los delitos previstos en los arts. 73 y 74 *t.u. stupefacenti*.

Y se añade al apartado sexto del art. 9 de la ley n.146/2006 un *bis* autorizando al agente encubierto a pagar rescates en los secuestros de personas. En el apartado

25 Nosotros abogamos porque se publique tanto en Italia como en España un reglamento de las operaciones encubiertas tomando como ejemplo el reglamento de los servicios secretos italianos.

26 Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

27 Ley n° 136 de 13 de agosto de 2010. Plan extraordinario contra las mafias, así como delegación en el Gobierno en materia normativa antimafia.

séptimo se incluye a la autoridad judicial territorialmente competente también refiriéndose a las operaciones internacionales de adquisición o venta simulada de drogas y de sustancias susceptibles de ser usadas para producir estupefacientes. En definitiva, esta norma amplió bastante los delitos para los que se pueden autorizar las investigaciones de un agente encubierto.

En el apartado 8, individualiza las comunicaciones y las medidas transmitidas al procurador general de la Corte de Apelación a cargo del Fiscal. Establece el control judicial previo, se certifica la idoneidad y proporcionalidad de la medida de investigación de forma que se convierte en un acto de investigación legitimado<sup>28</sup>. Consiente a la autoridad judicial confiar a la policía judicial en custodia judicial con capacidad de uso bienes decomisados no sólo para la lucha contra delitos graves para los que pueden autorizarse operaciones encubiertas, sino también para el desempeño de funciones policiales ordinarias. Por último, elimina el margen temporal del curso de las operaciones encubiertas y mantiene la antijuricidad de revelar los nombres de los policías judiciales que protagonizan operaciones encubiertas.

La reforma amplió el ámbito subjetivo de aplicación de esta figura, es decir que además de los sujetos que podían ser agentes encubiertos previstos en la Legge n. 146/2006 también prevé la exención de responsabilidad para los intermediarios que ejecutan, que cumplen con las órdenes dadas por los sujetos autorizados como agente encubierto. Además, se identifica a la Dirección central para los servicios antidroga como para sus órganos de gobierno o sus delegaciones como autoridades competentes para autorizar la actividad encubierta. También se establece que se tiene que realizar una comunicación preventiva a la autoridad judicial, determina que la ejecución de las actividades antidroga tienen que ser comunicadas detalladamente a la Dirección Central para los Servicios Antidroga y al Ministerio Público competente para esas investigaciones incluyendo que si es necesario o si lo solicita el Fiscal y, para las actividades antidroga, se indique el nombre del funcionario de la policía judicial encargado de la operación, así como los de los auxiliares e intermediarios que se hayan empleado.

La ley n. 136/2010, además de las modificaciones que realiza en ley n. 146/2006 y que hemos ido exponiendo, introdujo modificaciones en el código procesal penal, de esta forma al art. 497 se le añade un 2 bis que prevé que los policías judiciales, los policías extranjeros, los auxiliares y las personas interpuestas en cada Estado y grado del procedimiento cuando son llamadas a testificar sobre las actividades realizadas deben indicar las generalidades de la cobertura utilizada en el curso de las propias actividades.

<sup>28</sup> Como podemos observar en DI BUGNO, C.: "Commento all'art. 14 legge n. 269 del 1998", *Legge Pendle*, núm. 19, 1999, p. 157. En el ordenamiento jurídico italiano también se trata de una petición razonada de la policía judicial.

También se añade en el art. 115 un apartado 1 *bis* por el cual las anotaciones previstas en el art. 357 del *Codice di Procedura Penale*, si se refieren a actividades de investigación llevadas a cabo por funcionarios o agentes de la policía judicial en el marco de operaciones encubiertas de conformidad con el art. 9 de la Ley 146/2006, deberán contener los datos encubiertos utilizados por éstos en el curso de dichas actividades. Además, se modifica el art. 147 *bis* en virtud del cual el interrogatorio de los agentes encubiertos se tiene que hacer siempre con las precauciones que sean necesarias y sin que el rostro del mismo sea visible, además se incluye en el apartado 3 un párrafo *c bis* según el cual el examen se realizará a distancia salvo que el juez considere absolutamente necesaria la presencia del declarante en estos casos el juez o el presidente dispone las cautelas idóneas para evitar que los rostros de dichas personas sean visibles.

Pues bien, esta ley se considera un verdadero *statuto delle operazioni sotto copertura*, un estatuto de los agentes encubiertos. La reforma que se realiza en el 2010 introduce un *Statuto speciale* de los operadores encubiertos que será de aplicación a la policía judicial y a sus colaboradores privados involucrados en actividades encubiertas. Establece que los agentes encubiertos mantendrán su identidad ficticia durante el interrogatorio además de habilitar barreras visuales en sala para que no pueda ser visto el rostro del agente encubierto por la defensa y por el acusado. Por lo que en el proceso penal italiano el principio de contradicción también se ve limitado, matizado, no se podría apreciar totalmente la fiabilidad del testigo agente encubierto, las relaciones que podría tener con los acusados y sus características subjetivas, porque realmente estas comprobaciones, como decimos, no se pueden hacer y pensamos que conforman una ficción procesal en estos procesos.

*Legge 9 gennaio 2019, n. 3. Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*<sup>29</sup>.

Se trata de la última norma de referencia italiana y que es especialmente importante porque amplía el ámbito de actuación del agente encubierto en Italia a delitos no cometidos en el seno de la delincuencia organizada<sup>30</sup>. Se trata de delitos de extorsión, soborno, en sus múltiples facetas, tráfico de influencias ilícitas y perturbación de la libertad de las licitaciones y del procedimiento de elección del contratista. Esta última ley del 2019 nace como consecuencia de la ley n.1189 del

29 Ley nº 3 de 9 de enero de 2019. Medidas de lucha contra los delitos contra la administración pública y sobre la transparencia de los partidos y movimientos políticos.

30 Algo que no es posible en España dado que el apartado uno y cuatro del art. 282 *bis* LECrim limitan el ámbito de actuación de los agentes encubiertos tanto físicos o tradicionales como virtuales a los delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada y dentro de éstos solamente a los delitos expresamente recogidos en la lista *numerus clausus* del apartado cuatro del mismo art. 282 *bis* LECrim. Aclaremos aquí que en España el único artículo que podemos encontrar en la LECrim sobre el agente encubierto es el 282 *bis*, destacar también que en la actualidad es el único artículo de una ley española que regula esta figura. Hoy en día, las operaciones encubiertas carecen de regulación legal pormenorizada en España.

2018 sobre medidas para combatir los delitos contra la administración pública y sobre la transparencia de los partidos y movimientos políticos. Esta es la ley que se ocupa de los delitos de corrupción en los contratos con las empresas de recogida de residuos a lo que se refieren en Italia como *spazzacorrotti*.

Con esta ley se pretende luchar contra la corrupción, especialmente en la administración pública. La autorización de las operaciones encubiertas, es decir, que se pueda autorizar a los agentes encubiertos a investigar los delitos de corrupción se motiva en que la corrupción es un problema estructural que implica a tantas personas que se llegan a cumplir las mismas características que tienen las organizaciones criminales. La corrupción en la administración pública va mucho más allá que un soborno aislado, normalmente implica a muchas más personas lo que la asemeja con la delincuencia organizada. Los delitos relacionados con la corrupción también son muy graves y muy difíciles de investigar dado que todas las personas implicadas tratan de protegerse al tener intereses comunes y todo ello motiva que la herramienta de investigación del agente encubierto gracias a esta ley, pueda ser autorizado para investigar también dichos delitos<sup>31</sup>.

### III. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN PENAL.

#### I. Personas que pueden protagonizar las actividades encubiertas en Italia.

Como ocurre en España, en Italia no todos los funcionarios policías pueden protagonizar operaciones encubiertas y por tanto, ser agentes encubiertos. En la actualidad, la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 no establece expresamente los funcionarios policías que pueden ser agentes encubiertos sino que prevé las personas que tendrán una exención de responsabilidad cuando desarrollen las operaciones encubiertas, de lo cual entendemos que los mismos agentes son los que pueden ser autorizados para ser agente encubierto. Los que menciona la ley son los únicos funcionarios que cuando emprendan una labor encubierta y siempre que actúen de manera proporcional gozarán de las garantías previstas en la misma.

Así las cosas, en Italia los funcionarios que pueden ser autorizados para desarrollar actividades encubiertas son los funcionarios de policía judicial de la

31 IELO, P.: "L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, pp. 1-4, disponible en

*Polizia di Stato*<sup>32</sup> del Cuerpo de Carabinieri<sup>33</sup> y del Cuerpo de Policía Financiera<sup>34</sup>, pertenecientes a unidades especializadas o a la Dirección de Investigación Antimafia, los funcionarios de policía judicial pertenecientes a los cuerpos de investigación de la Policía de Estado y del Cuerpo de Carabinieri especializados en la lucha contra el terrorismo y la subversión y del Cuerpo de la Guardia di Finanza competente en materia de lucha contra la financiación del terrorismo, en el curso de operaciones policiales específicas, también los policías intermediarios y asociados.

En España, el art. 282 bis de la LECrim prevé que los funcionarios de la policía judicial pueden ser agentes encubiertos sin especificar en el propio artículo los cuerpos específicos que pueden llevar a cabo esta labor; algo que, como se ha explicado *supra* sí que sucede en la regulación actual del agente encubierto en Italia, cuestión que consideramos, aporta una mayor seguridad jurídica. En España, como decimos, podrían protagonizar las actividades encubiertas funcionarios miembros de la policía judicial que auxilian a los órganos judiciales, así como al Ministerio Fiscal en la investigación, en el descubrimiento de las personas implicadas, así como en su aseguramiento y dentro de éstos lo ideal y lo que suele ocurrir es que el agente forme parte de la Unidad Especializada de Agentes Encubiertos. En Italia no ocurre de la misma forma, el legislador italiano ha decidido cercar mucho más y en la propia ley el ámbito subjetivo de esta figura. Así, el art. 9 además de prever los funcionarios que pueden ser agente encubierto también establece las personas que pueden auxiliar, coadyuvar las operaciones encubiertas, cosa que la LECrim no desarrolla en su articulado.

Esta regulación más específica tiene detractores y también autores que la apoyan. Podemos destacar a AMATO que se posiciona en contra determinando que la mera posesión de la cualificación de agente de la *Polizia Giudiziaria* debería bastar para llevar a cabo una operación encubierta válida y eficaz.<sup>35</sup> Sin embargo, a favor de la misma podemos observar a COTTI que entiende que la gran peligrosidad que entrañan las operaciones encubiertas, los costes que ocasiona no solamente a nivel material sino humano así como la organización que requiere son tan altos y especiales que deben ser estas secciones especializadas las que las lleven a cabo<sup>36</sup>.

32 Más profundamente sobre la misma BOCCHINO, M. C.: "Il Servizio centrale operativi della Polizia di Stato (SCO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, vol. III - Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016, pp. 255-285.

33 Más profundamente PARENTE, M.: "Il Raggruppamento operativo speciale carabinieri (ROS)", en AA. VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie* (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016, pp. 255-257.

34 Con más profundidad MAGLIOCCO, G.: "Il Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di finanza (SCICO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie* (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016, pp. 293-296.

35 AMATO, G. C.: "Le specifiche attività di polizia giudiziaria, in Reati in materia di immigrazione e stupefacenti", en AAVV.: *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* (coord. A. CAPUTO E G. FIDELBO), Giappichelli, Torino, 2012, p. 506.

36 COTTI, G.: "Operazioni Sotto Copertura", cit., p.152.

Parece que otra parte de la doctrina considera que los cuerpos de policía que no están incluidos en la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 podrían llevar a cabo operaciones encubiertas obteniendo la debida autorización o bien solamente operar dentro de los límites de las actividades de control y observación previstas en el art. 51 del CP y art. 55 del CPP italianos<sup>37</sup>.

Por nuestra parte, entendemos que quizá especificar expresamente en la legislación los tipos de funcionarios que pueden ser agente encubierto sí que puede tener más coherencia en Italia porque sus cuerpos están organizados de distinta forma y con distinto sentido en comparación con los de España pero pensamos que una regulación específica puede ser peligrosa porque quizá, el agente que haya tenido contacto con la organización criminal y que haya realizado las primeras indagaciones puede no pertenecer a ninguno de estos cuerpos y entonces no podría ser él mismo, el funcionario autorizado para protagonizar la operación encubierta. Por ejemplo, un funcionario de la *Polizia Penitenziaria* que en el trascurso de su trabajo haya tenido constancia de una *notitia criminis* no podría posteriormente desarrollar la función de agente encubierto de acuerdo a la regulación legal vigente italiana.

Por otra parte, en el art. 282 *bis* LECrim sí que podemos apreciar que, ningún funcionario policía podrá ser obligado a realizar una operación encubierta, sin embargo, en el ordenamiento jurídico italiano no encontramos tal previsión, creemos que, porque el legislador italiano se encuentra mucho más sensibilizado con la imperiosa necesidad de perseguir y conseguir investigar y llegado el caso castigar a los responsables de los ilícitos cometidos en su seno. Pero sí que es cierto que es una petición que la doctrina lleva avalando mucho tiempo dada la peligrosidad de las operaciones encubiertas<sup>38</sup>.

## 2. Autorización de las actividades encubiertas, información al Juzgado y duración.

Como ocurre en España, solo cuando exista una *notitia criminis* se podrá autorizar la actividad encubierta luego no se puede autorizar a un agente encubierto para realizar actividades explorativas<sup>39</sup>. Es necesario, como en España, que existan suficientes indicios fundados de criminalidad, también para evitar la provocación del delito.

37 Como podemos observar en DELLA MONICA, G.: "Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 61, 1993, pp. 261-262. También AMATO, G. C.: "Le specifiche attività", cit., p. 506.

38 LANDOLFI, A.: "L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie. Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone", vol. III, *Tecniche di investigazione su particolari figure di reato*", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 71°, 1994, p. 181.

39 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano", en AA.VV.: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia*, (coord. V. CUBAS VILLANUEVA y M. A. GIRAOLISIDRO), Instituto Pacífico, Madrid, 2016, p. 137.



En Italia, los máximos órganos o, por delegación de éstos, sus respectivos jefes al menos en el ámbito provincial pueden ordenar la ejecución de las operaciones encubiertas de acuerdo con la Dirección Central de Inmigración y Policía de Fronteras para los delitos previstos en los apartados 1, 3 3-bis y 3-ter, del Texto Único del Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, núm. 286, y posteriores. La Dirección Central de servicios antidroga o, siempre de acuerdo con ella, los órganos superiores o los respectivos jefes al menos en el ámbito provincial también pueden ordenar la realización de las operaciones mencionadas en los apartados 1 y 2 del art. 9 en relación con los delitos previstos por el Texto Refundido a que se refiere el Decreto Presidencial núm. 309, de 9 de octubre de 1990.

De esta forma, ya la Legge 16 marzo 2006, n. 146 en su art. 9 establecía que el Ministerio Público debía autorizar las operaciones encubiertas y que cuando se pretendan investigar delitos relacionados con los estupefacientes la Dirección Central para los servicios antidrogas puede ordenar las operaciones encubiertas y en caso de que sean delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal las puede autorizar la Dirección central de inmigración y de la policía de fronteras. En todos los casos se debe indicar el nombre real y el nombre ficticio del agente encubierto así como el resto de policías que van a auxiliar la operación.

Sin embargo, con la Legge 13 agosto 2010, n. 136 se modifica el apartado 4 del art. 9 de la Legge 16 marzo 2006, n. 146 determinando que el órgano que ordene la ejecución de las operaciones encubiertas previamente debe ser autorizado por la autoridad judicial responsable de la investigación. Cuando se pretendan realizar actividades antidroga se notificará inmediatamente y de forma detallada a la Dirección Central de los Servicios Antidroga y al Fiscal competente para la investigación, además, si fuese necesario o lo solicitase el Fiscal también se informará a la Dirección Central de Servicios Antidroga indicando el nombre del funcionario de policía judicial encargado de la operación, así como de los auxiliares e intermediarios empleados. Por último, añade que en todos los casos el Ministerio Fiscal deberá ser informado sin demora, por el mismo órgano, durante el desarrollo de la operación, de las modalidades y de las personas que participan en ella, así como de sus resultados. Como observamos, la Fiscalía tiene un papel mucho más protagonista en las operaciones encubiertas en Italia, en el proceso penal italiano que en el español en el que, en virtud del apartado uno del art. 282 bis el Fiscal también puede autorizar a los agentes encubiertos tradicionales, los físicos<sup>40</sup> a protagonizar actividades encubiertas dando cuenta inmediata al Juez de instrucción y el agente que se haya autorizado y realice la operación encubierta informará al Juez que instruya la causa<sup>41</sup>.

40 Y no a los agentes encubiertos virtuales, en la actualidad el Ministerio Fiscal español no puede autorizar la actuación de un agente encubierto virtual o informático, en virtud del art. 282 bis, apartado seis.

41 "1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando

Hemos de destacar que, según VICOLI aún no se han fijado unos criterios orientativos para valorar si es oportuno o no autorizar la investigación de un agente encubierto al seguir tratándose de una técnica especial de investigación<sup>42</sup>.

En cuanto a la duración de las operaciones encubiertas en Italia, podemos apreciar en el art. 9 que no se refiere a la misma, como sí que ocurre en la LECrim en el que se establece el plazo de seis meses prorrogable por períodos de igual duración, sin fijar límite de prórrogas, art. 282 *bis* apartado uno.

### **3. Ámbito de actuación de los agentes encubiertos Italia. Delitos que puede investigar, actividades que puede realizar y la posible exención de responsabilidad criminal del agente encubierto en Italia.**

#### *A) Ámbito de actuación de los agentes encubiertos.*

Normalmente, el ámbito de actuación de los agentes encubiertos en Italia es la delincuencia organizada y el terrorismo, al igual que ocurre en España porque la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 prevé los delitos que pueden ser perpetrados por las mafias, sin embargo, el legislador italiano ya no acota el ámbito de actuación del agente encubierto a la delincuencia organizada sino que desde que se positiviza la figura ha ido ampliando su ámbito de actuación como hemos ido exponiendo. No se incluye una alusión expresa a la delincuencia organizada en la legislación vigente también porque creemos que se acotaría más el ámbito de actuación del agente encubierto.

#### *B) Delitos que puede investigar.*

Como sucede en España el derecho italiano también prevé una lista cerrada de delitos muy graves para los que puede ser autorizado a investigar el agente encubierto. Puede ser autorizado para investigar un conjunto de delitos taxativos, son delitos graves porque las actividades encubiertas limitan y matizan los principios del proceso penal, los derechos y garantías de los enjuiciados<sup>43</sup>.

En la actualidad, como ya adelantamos, en virtud de la Legge 9 gennaio 2019, n. 3 que modifica el art. 9 de la Legge 16 marzo 2006 n.146 los delitos que pueden ser investigados con agentes encubierto en Italia son los delitos previstos en su CP de corrupción en el ejercicio del cargo art. 318, corrupción por un acto contrario a los deberes oficiales art. 319, corrupción por un acto contrario a los deberes oficiales con circunstancias agravantes art.319-*bis*, corrupción en actos judiciales

---

cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.

42 VICOLI, D., BIRAL, M.: “La regulación de las operaciones”, cit., p. 140.

43 Corte di Cassazione, Sezione III, 3 de dicembre 2001, n. 5397.

art.319-ter, inducción indebida a dar o prometer beneficios art.319-quater, párrafo primero, corrupción de una persona encargada de un servicio público art.320 y art.321 en el que observamos las penas para los corruptos, incitar a la corrupción art.322, malversación, extorsión, inducción indebida a dar o prometer beneficios, corrupción e incitación a la corrupción (abuso del cargo) de miembros de tribunales internacionales u órganos de las Comunidades Europeas o de asambleas parlamentarias internacionales o de organizaciones internacionales y funcionarios de las Comunidades Europeas y de Estados extranjeros art. 322-bis, tráfico de influencias ilícitas art. 346-bis, perturbar la libertad de los licitadores art. 353, perturbar la libertad del procedimiento de elección de los contratantes art.353-bis, los delitos previstos en el 452-quater-decies es decir, desastres ambientales, delitos dolosos contra el medio ambiente, tráfico y abandono de material altamente radiactivo, impedir, obstaculizar o eludir las actividades de vigilancia y control del medio ambiente y de la seguridad e higiene en el trabajo, sus agravantes, falsificación de moneda, gasto e introducción en el Estado de forma concertada, de moneda falsa art. 453, alteración de moneda art. 454, gasto e introducción en el Estado sin concierto de moneda falsa art. 455, falsificación de papel con marca de agua utilizado para la fabricación de tarjetas de crédito o sellos públicos art. 460, fabricación o tenencia de marcas de agua o instrumentos destinados a la falsificación de moneda, timbres fiscales o papel con marca de agua art. 461, falsificación alteración o uso de marcas y patentes art. 473, introducción en el Estado y comercialización de productos con marcas falsas u otros signos distintivos art. 474, extorsión art. 629, secuestro de persona con fines de extorsión art. 630, usura art. 644, lavado de dinero art. 648-bis y uso de dinero, bienes o activos de procedencia ilícita 648-ter así como en el Libro Segundo, Título XII, Capítulo III, Sección I, del Código Penal, a los delitos relativos a armas, municiones, explosivos, 286 de 25 de julio de 1998, así como los delitos previstos en el texto consolidado de las leyes que regulan estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, tratamiento y rehabilitación de la toxicomanía, de conformidad con el Decreto Presidencial de la República de 9 de octubre de 1990, n° 309, y por el art. 3 de la Ley n° 75, de 20 de febrero de 1958. También el tráfico ilegal de residuos art. 260 Decreto legge 3 aprile 2006. Delitos de favorecimiento, explotación e inducción a la prostitución art. 3 Legge n. 75 de 20 febbraio 1958, delitos cometidos con finalidad de terrorismo o subversión así como la prostitución y la pornografía infantil en virtud del art. 14 Legge n. 269 de 1998.

Aún más recientemente, el art. 4 decreto legislativo 14 de junio de 2019, n. 53 (convertido en ley 8 de agosto de 2019, n. 77) extendió el uso de agentes encubiertos a la lucha contra la inmigración ilegal.

Lo que observamos es que, el legislador italiano ha ido dilatando el ámbito de actuación del agente encubierto desde el 1990. Se inició con el tráfico de

sustancias estupefacientes, pero, desde entonces, con las distintas modificaciones que hemos ido exponiendo en el apartado anterior han ido aumentando el número de figuras delictivas que el agente encubierto puede investigar<sup>44</sup>. Sin lugar a dudas, el ordenamiento jurídico italiano prevé que el agente encubierto puede investigar muchos más delitos y de distinta índole en comparación con el agente encubierto previsto en el ordenamiento jurídico español<sup>45</sup>.

*C) Actividades que puede realizar el agente encubierto.*

El agente encubierto dentro del ambiente criminal tiene que conseguir ganarse la confianza de los investigados para acceder a la estructura criminal concreta.

Desde la promulgación de la Legge 16 marzo 2006, n. 146, en virtud de su art. 9 apartado primero el agente encubierto puede dar refugio o prestar asistencia a los miembros de una asociación criminal, adquirir, recibir u ocultar dinero, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, bienes o cosas que son objeto, producto o beneficio del delito o de un medio para cometerlo u obstaculizar la identificación de su origen o permitir su uso.

Los agentes encubiertos en Italia, también pueden usar de manera temporal los bienes muebles e inmuebles. Se generará una identidad totalmente nueva con su documentación correspondiente, una vida ficticia para ello, el apartado quinto del art. 9 se prevé que se pueda autorizar el uso temporal de bienes muebles e inmuebles, documentos de cobertura para la realización de las operaciones. Los agentes encubiertos pueden acoger o ayudar de cualquier otro modo a asociados, comprar, recibir, sustituir u ocultar dinero u otros beneficios, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicos, bienes o cosas que sean objeto producto, beneficio, precio o medio para cometer el delito o aceptar la oferta o promesa de los mismos u obstaculizar de otro modo la identificación de su origen o permitir su uso, o pagar dinero u otros beneficios en ejecución de un

44 BARROCU, G.: *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 35 y ss. Con más profundidad sobre la evolución histórica del marco normativo.

45 Que solo puede investigar los recogidos en el apartado cuatro del art. 282 bis LECrim cuando se perpetren en el seno de la delincuencia organizada. Los mismos son: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del Código Penal. b) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal. c) Delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del Código Penal. d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal. e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal. g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el art. 318 bis del Código Penal. i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal. j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal. k) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal. l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el art. 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el art. 399 bis del Código Penal. m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal. n) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 572 a 578 del Código Penal. o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el art. 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

acuerdo ilícito ya concluido por otros, prometer o dar dinero u otros beneficios solicitados por un funcionario público o una persona encargada de un servicio público o solicitados como precio de una mediación ilícita hacia un funcionario público o una persona encargada de un servicio público o para remunerarlo, o realizar actividades instrumentales como podemos ver en el apartado a) del art. 9.

Además, esta misma ley ya prevé en su apartado quinto que los agentes encubiertos pueden activar sitios en internet, gestionar áreas de comunicación y esto porque en Italia se promulga la Legge n. 269 de 1998 en cuyo art. 14.2 se refiere expresamente a este tipo de investigaciones telemáticas para poder investigar la prostitución infantil art. 600.I bis CP, la pornografía infantil art. 600 apartados 1, 2 y 3 ter CP, organización de iniciativas turísticas con fines de explotación de la prostitución infantil art. 600 quinquies CP siempre que estos delitos sean perpetrados a través de sistemas telemáticos, utilizando redes. Los policías pueden adquirir material pornográfico infantil o realizar actividades de intermediación e incluso participar en las iniciativas turísticas de carácter ilícito a la luz del art. 14.I Legge 269 de 1998. Por otra parte, cuando el agente encubierto pretenda adquirir material pornográfico, intermediar o participar en las iniciativas turísticas tiene que solicitar previa autorización al Ministerio Público y el Ministerio Público, debe a su vez solicitarlo a un órgano específico del Ministerio del Interior en virtud de la Legge n.269 de 1998 art. 14 I y 2. Por último, al final del apartado primero también habla de las actividades instrumentales con ello, el legislador italiano busca garantizar que los agentes encubiertos tengan una libertad de acción más amplia para asegurar una mayor eficacia de esta herramienta de investigación<sup>46</sup>.

Los agentes encubiertos, con el objetivo de obtener pruebas, así como de identificar o capturar a los responsables de los ilícitos pueden omitir o retrasar los actos de su competencia, dando inmediato aviso, también verbal, al Ministerio Público, que puede negarse, y remitiendo al mismo Ministerio Público informe motivado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Para las actividades antidroga, la misma comunicación deberá hacerse llegar de manera inmediata a la Dirección Central de los Servicios Antidroga para la necesaria coordinación también en el ámbito internacional, como podemos observar en el apartado sexto del art. 9. Además, los agentes encubiertos también pueden solicitar que se les autorice la puesta a disposición de bienes e inmuebles, dinero u otras utilidades para la realización de operaciones controladas para el pago del rescate, indicando las modalidades, el Juez tiene que decidir sobre ello. Otra de las actividades que pueden realizar los agentes encubiertos en Italia consiste en usar y/o guardar los materiales o bienes incautados bajo custodia judicial para las actividades policiales

<sup>46</sup> ZAPPULLA, A.: "Commento all'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafia)", *Legislazione penale*, núm. 4, 2010, p. 452. Este autor determina que esto conlleva un riesgo y es que se autoricen demasiadas operaciones encubiertas.

a que se refiere este artículo o para la realización de funciones de la institución, a la luz del apartado nueve del art. 9. También pueden solicitar a la autoridad judicial material o los bienes incautados bajo custodia judicial para poder usarlos a la luz del apartado nueve del art. 9.

Todas las actividades que realice el agente encubierto tienen que estar encaminadas a obtener pruebas, su objetivo es la búsqueda de pruebas. Además, el agente encubierto busca prevenir los delitos, que no se lleguen a cometer.

Otra de las diferencias que observamos entre la regulación del agente encubierto en España y en Italia es que, en caso de que el agente encubierto en el curso de sus investigaciones cometa un supuesto ilícito en Italia el Ministerio Público debe inscribirlo en el registro de denuncias previsto en el art. 335 CPP, en cambio en España la propia policía judicial, el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal o cualquier ciudadano podría denunciar al agente encubierto sin que exista ese registro de denuncias previo. Cuando se produce la inscripción en dicho registro de denuncias del art. 335 CPP se inicia un procedimiento de investigación del agente encubierto que es conexo al principal.

Por último, nos gustaría destacar que el Fiscal puede retrasar la imposición de una medida cautelar, detener a un sospechoso, así como retrasar la ejecución de penas privativas de libertad o la incautación a través de un decreto o bien verbalmente y en las cuarenta y ocho horas siguientes dictar el decreto por escrito. El Fiscal puede indicarle a la policía judicial las disposiciones necesarias para controlar el curso de la actividad delictiva y tiene que comunicar a la autoridad judicial competente del lugar en que se vaya a concluir la operación o por el que se vaya a efectuar el tránsito de salida o de entrada en el territorio del Estado de las cosas que son objeto, producto, beneficio o medio de la comisión de los delitos todas las medidas que haya adoptado.

#### *D) Exención de la responsabilidad criminal del Agente encubierto en Italia.*

El ordenamiento jurídico italiano, al igual que el ordenamiento jurídico español<sup>47</sup>, prevé la exención de responsabilidad criminal para los agentes encubiertos en el art. 51 del CP y el art. 55 del CPP porque estarían cumpliendo una orden legítima de la autoridad o de un deber público y deben, entre otras cuestiones, “realizar los actos necesarios para asegurar las fuentes de pruebas y recoger cualquier otra cosa que pueda ser útil para la aplicación de la ley penal”. A modo de reflexión, tenemos que decir que el Estado renuncia a castigar a los agentes encubiertos

<sup>47</sup> Como podemos observar en el art. 282 bis apartado cinco de la LECrim, “5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

cuando han actuado de manera proporcional realizando las actividades previstas en el art. 9, recabando pruebas.

En este precepto, se autoriza a los agentes encubiertos a realizar conductas reprochables penalmente, pero sin que se produzca la provocación delictiva, si provocase el delito no se le aplicaría la exención de responsabilidad y podría ser procesado y llegado el caso, culpable por dichos ilícitos<sup>48</sup>. La exención de responsabilidad en Italia también se les aplicaría a los agentes auxiliares de la policía judicial<sup>49</sup>.

Como hemos adelantado, los agentes encubiertos en España tienen la posibilidad de estar exentos de responsabilidad penal por aquellas actuaciones ilícitas necesarias y proporcionales a la investigación y que no constituyan la provocación del delito en virtud del art. 282 *bis* apartado quinto de la LECrim, pero, esta posible exoneración de responsabilidad penal, a diferencia de lo previsto en el ordenamiento jurídico italiano no se les va a aplicar al agente de cobertura, a los funcionarios del equipo investigador o a la unidad de agentes encubiertos de la policía judicial que auxilie la operación encubierta para que tenga buen término, cosa que en Italia sí que podría llegar a ocurrir, a la luz de su legislación vigente que como hemos dicho, prevé también la posible exención de la responsabilidad criminal de los agentes auxiliares de la policía judicial.

En este caso, consideramos acertada la regulación española en cuanto a la posible exención de responsabilidad criminal de los agentes encubiertos porque realmente quien asume más riesgos es el oficial de policía que emprende las labores de agente encubierto, el resto de funcionarios que colaboren y coadyuven en tan difícil investigación pueden no encontrarse tan expuestos al peligro como sí que lo está siempre el agente encubierto por lo que la regulación actual española nos parece más proporcionada, en función de los riesgos que deben asumir los agentes, que la italiana. Creemos que el legislador italiano debería plantearse matizar poder aplicar dicha exención de responsabilidad criminal solamente a los agentes que auxilien en el terreno físico y no en el virtual al agente encubierto, porque en el plano virtual los agentes encubiertos asumen menos riesgos dada la no inmediatez de las operaciones encubiertas en la red.

Por otra parte, al igual que observamos que el legislador italiano prevé la posible exoneración de la responsabilidad criminal de sus agentes encubiertos y funcionarios de policía judicial, auxiliares e intermediarios en virtud del apartado cinco del art. 9, en el apartado diez prevé llegar a punir con pena de prisión de dos a seis años, salvo que el hecho constituya un delito más grave, a las personas que

48 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 135.

49 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 141.

perjudiquen las operaciones encubiertas revelando o divulgando indebidamente los nombres de los funcionarios o agentes de la policía judicial. En el ordenamiento jurídico español no existe tal posibilidad cosa que animamos al legislador español a contemplar en próximas reformas legislativas.

#### **IV. EL AGENTE ENCUBIERTO EN ITALIA COMO MEDIO PROBATORIO Y COMO FUENTE DE PRUEBAS.**

##### **I. El agente encubierto como medio probatorio: su prueba testifical.**

En España, al igual que sucede en Italia se considera que el agente encubierto ha vivido en primera persona la actividad diaria de la organización criminal, él ha realizado las investigaciones, ha visto, ha escuchado y ha interactuado con los presuntos criminales y por ello, sus declaraciones constituirán prueba testifical en el juicio oral y hoy en día, debe acudir al juicio oral a ratificar o no el contenido de sus actas, a someterse al interrogatorio de las partes y a realizar las declaraciones que estime pertinentes. En Italia, como ocurre en España, el legislador italiano no ha regulado la forma en que los testimonios del agente encubierto deben entrar en proceso penal, pero, al igual que en España, los agentes encubiertos deponen en el proceso penal en calidad de testigos y sus testimonios pueden constituir una prueba de naturaleza testifical cuyo valor probatorio puede incluso llegar a ser de prueba de cargo.

Tras las investigaciones realizadas, hemos observado que en Italia existe un debate latente entorno a este medio probatorio porque su propio CPP establece una prohibición de testificar sobre las declaraciones del acusado durante el procedimiento en su art. 62 y su art. 195.4 del mismo código determina que los policías no pueden deponer sobre las declaraciones que los investigados les han realizado, lo que parece impedir que el agente encubierto constituya una prueba testifical de aquello que vio y/o que escuchó de los investigados en su presencia, algo que parece desnaturalizar esta medida de investigación. El art. 62 del mismo código trata de salvaguardar el derecho al silencio del imputado en sede de procesal, esto es, en ocasión de un acto de procedimiento<sup>50</sup> pero estos preceptos han hecho que la jurisprudencia italiana sea cambiante y oscura en cuanto a las declaraciones del agente encubierto en el proceso penal. La dogmática jurisprudencial ha ido diferenciando entre las declaraciones realizadas por los investigados al agente encubierto sobre hechos que habrían ocurrido anteriormente, declaraciones mientras se realizan determinadas conductas y declaraciones sobre los futuros ilícitos que llevarían a cabo. La Corte di Cassazione

---

50 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p.148.



ya en el 1997<sup>51</sup> establece que solo se deberían excluir del acervo probatorio los testimonios del agente encubierto en los que relaten las declaraciones de los imputados sobre hechos pasados que constituyan confesiones, pero que los testimonios del agente encubierto que relaten los hechos ilícitos que han realizado los imputados en su presencia no están prohibidos<sup>52</sup>.

Las declaraciones espontáneas que realicen los investigados en presencia del agente encubierto sí que, posteriormente, contadas por el agente encubierto constituirán prueba<sup>53</sup> pero que, en virtud a este artículo, el agente no tendría permitido declarar sobre el contenido de las declaraciones hechas cuando él mismo las ha provocado, no se pueden provocar las confidencias de los investigados porque se atentaría contra el derecho a la defensa y esto es lo que, en puridad, pretende salvaguardar ese artículo que observamos en CPP.

En la actualidad, se entiende que estas prohibiciones previstas por los art. 62 y art. 195.4 CPP no se aplican a las informaciones adquiridas por el agente encubierto porque su objetivo último es recabar pruebas y por ello, debe ser completamente admisible el testimonio indirecto del agente encubierto sobre todo lo que le contaron los investigados porque siguiendo a BALSAMO de lo contrario “no tendría ningún sentido permitir a los oficiales de policía judicial infiltrarse en organizaciones criminales, avalándose incluso de falsas identidades para establecer relaciones con los diversos sujetos con el objetivo de adquirir elementos de prueba”<sup>54</sup> y que no tiene sentido obligar al agente encubierto a manifestar que se trata de un policía y posteriormente crear una transcripción de lo que le han contado los investigados<sup>55</sup>.

Por otra parte, otra de las cuestiones controvertidas entorno al agente encubierto como medio probatorio es que, como ocurre en cualquier Estado, que el agente encubierto acuda a las sesiones de juicio oral a declarar como testigo genera muchos y graves riesgos, porque si los enjuiciados llegasen a conocer su verdadera identidad tendrá represalias en su contra, en contra de su familia o allegados o, en contra de todos. Sin embargo, es necesario que el agente

51 Concretamente en su sentencia Corte di Cassazione, Sala IV, 24 aprile 1997, n. 5829 lo que también podemos observar en la sentencia de la Corte di Cassazione, Sala IV, de 11 giugno 2009, n. 41799.

52 Doctrina en este sentido, más profunda BELLARDINI, M.: “Note in teme di testimonianza dell’agente provocatore”, *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 1999, p. 140 y PUGLISI, R.: “Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova”, *Cassazione penale*, núm. 7-8, 2009, pp. 2967-2968.

53 Postura que apoya la doctrina mayoritaria, sirva como ejemplo CAPRIOLI, F.: *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Giappichelli, Torino, 2000, p.275, BALSAMO, A.: “Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Cassazione Penale*, núm. 6, 2008, p. 2649. Aunque también tiene detractores como FANULI, G. L.: “La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria alla luce della legge n. 63 del 2001: un mero ripristino del divieto caducato dalla consulta”, *Archivio della nuova procedura penale*, núm. 4, 2002, p. 284.

54 BALSAMO, A.: “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2663.

55 GAETA, P.: “Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)”, en AA.VV.: *Giusto processo nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001)* (coord. P.TONINI), Cedam, Padova, 2001.p. 275.

encubierto además de desempeñar su labor de medida de investigación constituya una prueba testifical<sup>56</sup>. Y en este punto, específicamente en Italia observamos que el propio CPP con el fin de proteger a los agentes encubiertos alberga el art. 497.2 *bis* por el cual se establece que durante todo el proceso penal puedan continuar manteniendo su identidad ficticia, no solamente los propios agentes encubiertos sino también los oficiales o agentes pertenecientes a la organización de policías externos, los auxiliares, los intermediarios cuando les sean requeridos sus datos personales, este artículo les habilita a mantener los ficticios para salvaguardar su seguridad.

Luego, como ocurre en el ordenamiento jurídico español en el art. 282.2 *bis* también se permite a los agentes encubiertos mantener su identidad falsa cuando testifiquen en el proceso, sin embargo, el legislador español lo supedita a la previa autorización judicial<sup>57</sup> no ocurre como en Italia en el que observamos una tutela automática sobre la protección de la verdadera identidad del agente encubierto en el proceso penal italiano de “manera automática”, es decir, sin que deba autorizar el juez que continúe con su identidad falsa. Nosotros creemos que existen casos y casos, a nuestro parecer, lo más lógico es que fuese valorado por un Juez en cada uno de ellos para determinar si existe la peligrosidad necesaria para seguir manteniendo la identidad falsa y sobre todo, creemos necesaria la motivación judicial porque el derecho de defensa debe ser salvaguardado y con un razonamiento judicial podría motivarse tal limitación a la par que dar a la defensa la posibilidad de recurrirlo, algo que no ocurriría en el ordenamiento jurídico italiano. En cambio, hemos de resaltar que en el ordenamiento jurídico español a diferencia del italiano el resto de policías que coadyuvan la operación encubierta no se prevé que puedan mantener la identidad ficticia, porque no se contempla la posibilidad de obtenerla sin pasar a ser otro agente encubierto.

En el proceso penal español el Juez que haya de dilucidar la causa sí que conoce la identidad real además de la ficticia del agente encubierto. Pero, a diferencia del proceso penal español, en la instrucción italiana, el Ministerio Fiscal conoce la identidad real del agente encubierto mientras que en el proceso penal español puede desconocerla cuando la diligencia de investigación del agente encubierto haya sido autorizada por el Juez de instrucción en lugar de por el Ministerio Fiscal<sup>58</sup>. Nos parecen disposiciones muy escuetas que dejan muchos aspectos sin resolver:

56 Remarcar aquí que no podemos desperdiciar ningún tipo de prueba para luchar contra las organizaciones criminales porque los ilícitos que perpetran son tan graves y sus investigaciones son tan complejas y peligrosas que conseguir probar dichos ilícitos se torna cada día más difícil.

57 El apartado dos del art. 282 *bis* concretamente dice que “2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre”.

58 A la luz del apartado uno del art. 282 *bis* LECrim que establece que el agente encubierto puede ser autorizado por el Juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal dando inmediata cuenta al Juez de instrucción pero no

Por otra parte, la LECrim en el apartado dos del art. 282 *bis* sí que prevé expresamente que se les pueda aplicar la legislación de testigos protegidos española, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, en cambio, en el ordenamiento jurídico italiano observamos que en el art. 147.1 *bis* disp. Act. CPP permite ocultar la imagen del agente encubierto, permitiendo adoptar las cautelas idóneas para evitar que el rostro de los agentes sea visible.

Por otra parte, tenemos que fijarnos en el art. 147, comma 1-*bis* disp. att. CPP, en este artículo se prevé que el agente encubierto sea un testigo oculto porque en virtud del mismo su interrogatorio se llevará a cabo sin que se pueda mostrar su rostro y estableciendo todas las precauciones necesarias para proteger al sujeto y su confidencialidad, o a distancia en conexión audiovisual, con un auxiliar del juez presente en el lugar donde el agente deba cerciorarse de la regularidad del testimonio. Esto impide observar las reacciones espontáneas y las expresiones inmediatas, es decir, el llamado *comportamiento procesal*, ante determinadas afirmaciones a las partes y al juez que debe dilucidar la causa. Es así para poder utilizar a ese mismo agente en operaciones encubiertas futuras, por eso siempre ocultan la visión de su cara a la defensa. De esta forma, en el proceso penal italiano se rechazan las preguntas del abogado defensor sobre los antecedentes personales del testigo agente encubierto, el abogado del acusado, no puede formular preguntas al agente encubierto durante el conainterrogatorio con arreglo al art. 194, apartado 2 del CPP.

De nuevo, en el proceso penal italiano como en el español al proteger la verdadera identidad del agente encubierto e incluso pudiendo ocultar su imagen y/o voz se matiza y limita el derecho a la defensa porque la misma no puede conocer la historia personal del testigo esto es, los posibles rencores, sus intereses, su posible resentimiento o la animadversión que podría tener cualquier testigo y que en cualquier proceso son importantes para que se elabore una buena defensa y examinar la solidez de la acusación, la credibilidad subjetiva del testigo protegido, que en este caso es un agente encubierto. Aquí, hay que tener en cuenta que en Italia al igual que ocurre en España, los agentes encubiertos no son arrepentidos ni confidentes sino policías, funcionarios independientes y debidamente formados para no dejarse corromper. Por último, es preciso señalar que, las partes en el proceso penal italiano pueden conocer al menos la identidad falsa del agente encubierto, la identidad ficticia la que conocieron cuando el agente encubierto investigaba cuando deba declarar el agente encubierto en las sesiones orales del

---

establece que el Juez de instrucción deba informar a la fiscalía, "A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos".

proceso penal italiano, luego no se produce el anonimato.<sup>59</sup> De esta forma, el agente encubierto en el proceso penal italiano también es un testigo especial y puede estar oculto por las medidas de protección visuales que se decidan utilizar cuando deba declarar como ocurre en España, pero puede no ser un testigo anónimo porque el ordenamiento jurídico italiano sí que prevé la posibilidad de revelar al menos la identidad falsa o supuesta que conocieron las partes cuando vaya a testificar.

## 2. El agente encubierto como fuente de pruebas: los resultados de la actividad encubierta.

Sobre la utilidad procesal de las actividades encubiertas hemos de decir, en primer lugar, que las normas relativas a las operaciones encubiertas no tienen un desarrollo reglamentario en cuanto a su régimen de utilización.

La sentencia de la Corte di Cassazione sezione III, 21 ottobre 2003 n. 39706, ha establecido que no se pueden utilizar como pruebas las averiguaciones que ha obtenido el agente encubierto cuando investigaba delitos que no pueden ser investigados por esta figura. Sin embargo, este criterio cambió en el 2008 como podemos apreciar en la sentencia de la Corte de Cassazione sezione III, 17 gennaio de 2008 n. 8328 en la que se equiparó al régimen de utilización de las pruebas de la interceptación de comunicaciones o conversaciones y se determinó que sí que pueden ser utilizados como prueba los resultados obtenidos por los agentes encubiertos cuando investigaban delitos que no pueden ser investigados por esta figura porque en el curso de las investigaciones de manera sobrevenida se pueden averiguar distintos delitos a aquellos para los que había sido autorizado el agente encubierto.<sup>60</sup> Luego, cambian los límites del uso de las pruebas obtenidas por los agentes encubiertos. También nos planteamos el escenario de no contar con autorización para ser agente encubierto, pero obtener pruebas de los delitos que prevé el art. 9 de la ley n. 146/2006, pues bien, éstas sí que pueden ser valoradas como prueba en el proceso penal italiano<sup>61</sup>.

No serán tenidas en cuenta por el juzgador aquellas pruebas que hayan sido obtenidas por el agente encubierto infringiendo algún derecho. De la misma forma que ocurre en España, si el agente encubierto violenta o vulnera algún derecho para obtener pruebas sin haber obtenido previa autorización judicial dichos

59 Para profundizar sobre el anonimato en el proceso penal italiano BALSAMO, A.: "Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea", *Cassazione penale*, núm. 12, 2006 p. 3008. MAFFEI, S.: "Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione penale*, núm. 5, 2003, pp. 1696-1700.

60 Como también podemos apreciar en la sentencia de la Corte di Cassazione Sezione III, 14 giugno 2008, n. 26763.

61 Como podemos observar en las Corte di Cassazione, Sezione III, 3 giugno 2008, n. 26763 o en Corte di Cassazione, Sezione II, 25 de settembre de 2008, n. 40036.

medios probatorios no podrán ser valorados ni tenidos en cuenta por los jueces italianos en virtud del art. 191 CPP<sup>62</sup>. En Italia, como en España la provocación del delito por parte del agente encubierto está prohibida y las pruebas que se obtengan habiendo provocado el agente encubierto en Italia el delito, serán ilícitas y tampoco podrán ser valoradas ni tenidas en cuenta por sus jueces<sup>63</sup>. Según VICOLI para que se pueda utilizar el material probatorio recogido por los agentes encubiertos su actividad se debe limitar a la prevista en la ley y a realizar las observaciones, control, a contener las conductas ilícitas de los investigados, a no causar, o provocar el delito, en virtud del art. 51 del CP<sup>64</sup>.

Por su parte, en la jurisprudencia italiana observamos que los medios probatorios ilícitos, no constituirán prueba al ser ilegales, pero sí que pueden servir para iniciar otro proceso penal, esto es lo que ocurre cuando el agente encubierto debidamente autorizado investiga delitos distintos para los que fue autorizado y que no se encuentran en el art. 9<sup>65</sup>. Cuando el agente encubierto ha trasgredido la legalidad en el curso de la operación encubierta, sus testimonios no pueden constituir una prueba, no podrá ser tenida en cuenta y valorada por el juzgador, porque sería ilícita.

## V. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO EN ITALIA.

En Italia, como en el resto del mundo se preparan y perpetran todo tipo de delitos en la *Deep web* o la *Darknet*. La delincuencia organizada que existía en este país y que opera de manera intensa y estructural en todos los sectores del mundo físico ha encontrado en internet otro entorno donde preparar y/o perpetrar delitos de todo tipo, entre los que destacan por ser especialmente usuales: el tráfico de armas, el de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, la preparación de homicidios y asesinatos, la pornografía infantil, la preparación de actividades terroristas así como otras iniciativas criminales que se escudan y utilizan la red para cumplir sus objetivos ilícitos. Podemos decir que la mafia también ha conquistado internet y la utiliza a su antojo.

62 Por el cual, en su apartado uno y dos de este artículo observamos que las pruebas adquiridas con vulneración de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas. Y que la inutilidad se detecta en cada estado o grado del procedimiento. Solamente podrían constituir el punto de partida para otra investigación.

63 PIATTOLI, B.: "Agenti provocatori, indagini «undercover» e diritto a la prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione", *Diritto Penale e Processo*, núm. 5, 2013 p. 568. TAMIETTI, A.: "Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione Penale*, núm. 9, 2002, pp. 2921 y ss.

64 VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 136. Y como podemos observar en la sentencia de la Corte di Cassazione, Sezione III, 17 gennaio 2008, n. 8380.

65 Así lo observamos en Corte di Cassazione, Sezione III, 24 novembre 2010, n. 45571 Corte di Cassazione, Sezione III, 18 marzo 2009, n.39456. Autores como VICOLI dice expresamente que "el material probatorio hallado es utilizable para probar solo los delitos comprendidos en el catálogo legal". VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las operaciones", cit., p. 143.

En el entorno virtual siguen estando vigentes todos los derechos y las garantías de los investigados, llegándose a hablar de “domicilio informático”<sup>66</sup>, por ello, es importante que las herramientas que se utilicen para investigarlos no los vulneren, en la red siguen existiendo los derechos de los investigados como no declarar contra sí mismos y no declararse culpables, el derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones, entre otros. El agente encubierto informático sigue siendo una diligencia de investigación muy invasiva y aunque su actuación se lleve a cabo de manera mediata, en la red, todo es inmediato. Pues bien, el ordenamiento jurídico italiano también prevé la existencia de un agente encubierto informático o virtual cuyo objetivo es obtener pruebas, sin embargo, como ocurre en España, no existe una reglamentación del mismo, es decir un desarrollo específico y extenso de sus características, sus distintas posibilidades y sus limitaciones<sup>67</sup>.

Esta figura fue positivizada ante la emergencia penal que supusieron los delitos preparados y/o perpetrados utilizando internet que generaron, como no puede ser de otra manera, una gran alarma social. Esto, sin lugar a dudas conllevó que la lista de delitos taxativos que puede investigar el agente encubierto se ampliase y que se habilitaran a los policías que podían ser agentes encubiertos físicos a poder convertirse también en agentes encubiertos virtuales. En Italia, observamos que esta figura se fue gestando antes que en España, ya en la Legge n. 269/1998 contra la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de los menores, como nuevas formas de esclavitud<sup>68</sup> en su art. 14.2 se hacen posibles las operaciones encubiertas en internet<sup>69</sup>, esta ley, según TROISI tiene un papel pionero en el planteamiento y regulación de las operaciones encubiertas en internet<sup>70</sup>.

66 Como podemos observar en SIGNORATO, S.: *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 49 ss.

67 De hecho, en España el legislador español solo le dedica un apartado, el seis del art. 282 bis LECrim que dice expresamente “6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a. El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos”.

68 Cuyo objetivo es luchar contra los casos más graves de prostitución y pornografía infantil y el delito de iniciativas turísticas. Esta ley con una disposición a un sector específico, el de la “seguridad telemática” ha conferido a la policía postal y de comunicaciones poder protagonizar operaciones encubiertas.

69 En español, este artículo dice expresamente: “En el marco de las misiones de policía de telecomunicaciones definidas por el decreto mencionado en el apartado 15 del artículo 1 de la Ley 31 de julio de 1997, n° 249, el órgano del Ministerio del Interior para la seguridad y regularidad de los servicios de telecomunicaciones realiza a petición de la autoridad judicial, motivada bajo pena de nulidad, las actividades necesarias para combatir los delitos contemplados en los artículos 600-bis, párrafo primero, 600-ter, párrafos primero, segundo y tercero y 600-quinquies del Código Penal cometidos mediante la utilización de sistemas informáticos o medios de comunicación telemática o utilizando redes de telecomunicaciones disponibles al público. A estos efectos, el personal podrá utilizar indicaciones de cobertura también para activar emplazamientos en redes, establecer o explotar zonas de comunicación o intercambio en redes o sistemas telemáticos, o para participar en ellos. Dicho personal especializado realiza con los mismos fines las actividades mencionadas en el apartado 1 también por vía telemática”.

70 TROISI, P.: “Operazioni Digitali Sotto Copertura”, en AA.VV.: *Le indagini atipiche* (coord. A. SCALFATI), Giappichelli, Italia, 2019, p. 624.

Fue en el 2006, con la Legge 16 marzo 2006, n. 146 cuando se positiviza expresamente la figura del agente encubierto informático en Italia motivado, sobre todo, por la lucha contra la pornografía infantil y también contra delitos relacionados con el juego. Determinando el apartado segundo de dicha ley "2. En los mismos casos previstos en el apartado 1, los oficiales y agentes de la policía judicial podrán utilizar documentos identidades o datos de cobertura también para activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación, informando al fiscal lo antes posible y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al inicio de las actividades". El hecho de que el legislador italiano incluyese que los agentes pueden activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación, lo hace pensando en los delitos de pornografía infantil.<sup>71</sup> De esta forma, se regula el agente encubierto informático para poder acceder a contextos criminales complejos debido a la evolución delictiva de Italia adaptándose a las innovaciones tecnológicas explotadas por los delincuentes. Lo que ocurre es que en España la posibilidad de investigar con agente encubierto en internet se introduce en la LECrim de manera muchísimo más tardía que en Italia, en España se positiviza en el 2015<sup>72</sup>.

Desarrollémoslo:

### **I. Autorización e información del agente encubierto informático.**

El art. 9 de la Legge 16 marzo 2006, n. 146, actualmente prevé en su apartado segundo la posibilidad de que el agente encubierto actúe en internet para investigar los mismos delitos que el agente encubierto físico o tradicional utilizando documentos identidades o datos de cobertura también para activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación, informando al fiscal lo antes posible y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al inicio de las actividades.

Precisamente para infiltrarse en los circuitos de relaciones delictivas presentes en las redes de internet, la policía debe dirigir al Ministerio Fiscal un informe motivando la necesidad de adoptar esta medida de investigación. También debe comunicarlo previamente a la autoridad judicial competente de la investigación<sup>73</sup>.

71 TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 628.

72 Cuando se añade el apartado 6 por el art. único.2 de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre modificando el art. 282 bis LECrim.

73 Desde la reforma operada gracias a la Legge 13 agosto 2010, n. 136. Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia a través de su art. 8 apartado e) que sustituye al apartado 4 del art. 9 de la Legge n.146/2006 estableciendo que "4. El órgano que ordene la ejecución de las operaciones mencionadas en los apartados 1 y 2 deberá informar previamente a la autoridad judicial responsable de la investigación. La notificación inmediata y detallada de la ejecución de las actividades antidroga se efectuará a la Dirección Central de los Servicios Antidroga y al fiscal competente para la investigación. Si es necesario o si lo solicita el Fiscal y, en el caso de actividades antidroga, también la Dirección Central de Servicios Antidroga, se indicará el nombre del funcionario de policía judicial encargado de la operación, así como los de los auxiliares e intermediarios empleados. En cualquier caso,

Se debe informar a la autoridad judicial responsable de la investigación para que autorice la actividad y de esta forma se garantice la proporcionalidad e idoneidad de la medida de investigación y que esté vigente la posible exención de responsabilidad penal para los agentes y conferir un carácter oficial y transparente a las operaciones encubiertas desarrolladas en internet<sup>74</sup>. De hecho, en los casos de operación encubierta en internet en los que se produce la entrada y vigilancia de sistemas tiene que ser autorizada judicialmente o de lo contrario la actuación sería nula<sup>75</sup>.

Pues bien, cuando existan suficientes indicios racionales de criminalidad, producto de las ciberpatrullas que realiza la policía, se solicitará dicha autorización, por lo que, como ocurre en España el agente encubierto informático no se autoriza de manera prospectiva<sup>76</sup>. La Fiscalía, será informada del inicio de las actividades y constantemente puesta al día sobre la evolución de la operación, sobre todo si en el curso de las investigaciones el agente encubierto informático descubre otros delitos, distintos para los que fue autorizado. En el ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 282 bis apartado seis LECrim solamente será necesario informar al Juez de instrucción y no se prevé un plazo límite de tiempo para informarle como sí que ocurre en Italia.

En relación a la regulación de los contactos del agente encubierto virtual en la actual regulación según TROISI, en dichos contactos con los investigados el agente encubierto virtual tiene los mismos límites que los agentes encubiertos tradicionales que actúan en el ámbito físico<sup>77</sup>. La cláusula de reserva del art. 51 del CP también es exportable a las actividades reguladas por el apartado 2. Así, la activación de sitios en la red, la creación y gestión de áreas de comunicación o de intercambio en redes o sistemas informáticos es la forma en que el agente encubierto virtual ejecuta sus actividades en la red. Pues bien, ese “activar o establecer contacto con sujetos y sitios de las redes de comunicación” es el *modus operandi* que habilita la regulación actual para que el agente encubierto informático pueda infiltrarse en el entorno virtual donde supuestamente se estarían perpetrando o preparando delitos.

## 2. Funcionarios que pueden ser agente encubierto informático.

Los funcionarios de policía que pueden ser agente encubierto tradicional, físico también pueden ser agentes encubiertos informáticos en Italia. Además, el art. 14.2

---

el Ministerio Fiscal deberá ser informado sin demora, por el mismo órgano, durante el desarrollo de la operación, de las modalidades y de las personas que participan en ella, así como de sus resultados”.

74 BELLAGAMBA, F.: *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 212.

75 Como podemos observar en Corte di Cassazione, sezione III, 3 dicembre 2001, n. 5397.

76 MELILLO, G.: “Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo”, en AA.VV.: *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, (coord. G. DI CHIARA), Giappichelli, Torino, 2003, p. 52.

77 TROISI, P.: “Operazioni Digitali”, cit., p. 634.



de la Legge n. 269/1998 también legitima a la “policía postal” y de comunicaciones para realizar actividades encubiertas en la red. Todos los funcionarios policía que vayan a desempeñar la función de agente encubierto informático contarán con una formación especializada. Luego, se siguen especificando los cuerpos de policía que pueden desempeñar esta labor; cosa que no prevé el art. 282 *bis* LECrim apartado seis en el que solamente se especifica que “funcionarios de la policía judicial” pueden ser autorizados para desempeñar la labor de agente encubierto virtual.

### 3. Actividades que puede realizar el agente encubierto informático.

El agente encubierto informático en Italia puede activar sitios web y crear o gestionar chats, iniciar o establecer contactos para llevar a cabo las acciones contempladas en el apartado primero del art. 9. El legislador italiano confiere a su agente encubierto virtual unas capacidades parecidas a las que encontramos en la LECrim pero no idénticas ya que en España se prevé de manera más general que el agente encubierto virtual pueda actuar en canales cerrados de comunicación así como intercambiar material ilícito por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos, obtener o grabar imágenes, apartado seis del art. 282 *bis* LECrim.

En Italia, como en España el agente encubierto informático puede transmitir contenido ilícito, para enviar material que se puede encontrar en la red en abierto no necesita ser agente encubierto informático<sup>78</sup>. Autores como DI BUGNO determinan que para las investigaciones de delitos de pornografía infantil debe ser “un material especialmente atractivo para potenciales pedófilos”<sup>79</sup>. Sin embargo, hemos de resaltar que la regulación que hoy ampara al agente encubierto informático no establece que el mismo ofrezca materiales ilícitos por razón de su contenido a los investigados, así lo ha establecido la Corte di Cassazione Sezione VI, 11 febbraio 2009, n. 12142. De la misma forma el agente encubierto virtual puede proceder a la compra simulada de material pornográfico pedófilo y esto debe, entenderse como una acción específica respecto de la compra de “bienes o cosas que sean objeto, producto, beneficio, precio o medio para cometer el delito”. No podemos olvidar, que el agente encubierto informático sigue siendo un medio de investigación intrusivo, por ello, es necesaria la autorización judicial tanto para adentrarse en las webs privadas como para difundir o ceder imágenes o vídeos de menores protagonizando conductas fuertemente lesivas de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal sustantivo.

<sup>78</sup> Como podemos observar en Sentenza Corte di Cassazione Sezione III, 6 ottobre 2009, n. 41743.

<sup>79</sup> En DI BUGNO, C.: “Commento all’art. 14”, cit., p. 155.

Es importante resaltar que el agente encubierto informático no tiene que documentar sus actividades y hallazgos en actas como sí que sucede en España<sup>80</sup>, la literatura dogmática y jurisprudencial italiana consultada considera que dado el dinamismo y la imprevisibilidad de la web no se debe documentar para no comprometer la seguridad de los agentes y no poner el peligro la infiltración virtual<sup>81</sup>. Además, no lo establece el art. 357.2 CPP. Lo que se suele hacer, según VENDIUS<sup>82</sup> es grabar las operaciones de acuerdo con el art. 136 CPP, porque la activación de sitios, el intercambio de archivos, la creación y participación en chats, etc..., son actividades no repetibles.

El agente encubierto informático en Italia tampoco puede provocar el delito, este país también sigue la doctrina del TEDH sobre la provocación del delito<sup>83</sup>. El TEDH establece que se produce la provocación del delito cuando el investigado es incitado a cometer un delito que no tenía pensado cometer, es decir, que el investigado no tenía predisposición de cometer un delito, pero la actuación del agente encubierto hace que la tenga. Para dilucidar esta cuestión el tribunal se fija en si los investigados tienen antecedentes penales<sup>84</sup> y en la motivación que hace el tribunal interno para autorizar la operación encubierta fijándose especialmente en si se establece que el demandante ha cometido un delito antes de que se inicie la actuación encubierta.

En la jurisprudencia italiana, también se aprecia como ocurre en la española, la prohibición de que el agente encubierto virtual envíe material ilícito sin que antes se hayan compartido dichos contenidos por los integrantes del chat, foro o en definitiva, web porque esto supondría la provocación del delito como también ocurre en España<sup>85</sup>. Según Sessa se deben realizar conductas pasivas sin carácter instigador<sup>86</sup>.

En definitiva, el material probatorio recogido por el agente encubierto virtual no sería válido cuando se han cometido delitos durante la actividad encubierta en la red sin haber obtenido autorización judicial para ser agente encubierto informático o cuando la autorización judicial no está debidamente motivada, o

---

80 El art. 282 bis LECrim no lo prevé específicamente para el agente virtual, pero se considera que todo lo que dice el mismo artículo para el agente encubierto físico se extrapola al agente encubierto que actúa en internet.

81 Como podemos ver, por ejemplo, en TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 664, BARROCU, G.: *Le indagini sotto*, cit., p. 155, también en Corte di Cassazione Sezione I, 17 ottobre 2006, n. 41281.

82 VENDIUS, T.T.: "Proactive Undercover Policing and Sexual Crimes against Children on the Internet", *European Review of Organised Crime*, núm. 2, 2015, p. 13.

83 Como podemos ver en TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 663.

84 Sentencias como STEDH 26 de marzo 2015 (Tol 6407299) determinan que "... nada en el expediente o en las observaciones presentadas por el Gobierno indica que el solicitante tenía antecedentes penales o que las autoridades nacionales tenían una buena razón para sospechar de él...".

85 Por ejemplo, lo podemos apreciar en Corte di Cassazione, Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086.

86 Sessa, A.: *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Esi, Napoli, 2018, pp. 355 e 372.

cuando dicha autorización encomiende las actividades encubiertas virtuales a agentes de la policía que no pertenezcan a ninguno de los cuerpos previstos en el art. 9, Legge 9 gennaio 2019, n. 3 así como cuando la solicitud de esta medida de investigación no esté lo suficientemente motivada. En estos casos, la actividad del agente encubierto en internet sería ilícita conforme al art. 191 del CPP, esto puede ser apreciado de oficio y en cualquier momento en que se encuentre el proceso<sup>87</sup>. La actividad del agente encubierto virtual en Italia será legítima cuando el mismo actúe con autorización judicial, investigue alguno de los delitos recogidos en la lista del art. 9 y su finalidad sea obtener pruebas como podemos observar, por ejemplo, en la sentencia de la Corte di Cassazione Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086<sup>88</sup>.

## VI. CONCLUSIONES.

Consideramos que la mafia en Italia sigue existiendo por su gran arraigo y por constituir, en muchas ocasiones, una suerte de justicia adyacente, inmediata y eficiente para muchos de sus ciudadanos, con figuras como la del agente encubierto se trata de combatir esta realidad. El ordenamiento jurídico italiano ha tratado de luchar contra la delincuencia organizada de distintas formas y una de ellas es con la utilización de los agentes encubiertos. Esta figura fue positivizada por vez primera en los años noventa y ha sido recogida en varias normas que la desarrollan y que regulan su actividad de forma más específica que en España.

El legislador italiano ha desarrollado y regulado su actividad de forma más extensa y profunda que en España, aun así, autores como SCALFATI, SESSA y TROISI<sup>89</sup> determinan que en Italia actualmente falta una disciplina procesal completa de este tipo de investigación, en la que se identifiquen, entre otras cuestiones, unos presupuestos fácticos por los que se podría recurrir la decisión que acuerde esta medida de investigación.

Finalmente, pensamos que es necesaria una reglamentación de las actividades encubiertas en la que se fijen la forma de documentar la actividad encubierta, los límites con respecto a la protección de los principios del proceso penal, así como de los derechos de los enjuiciados, las garantías de defensa y las sanciones procesales en caso de incumplimiento. Esto, según el estudio jurisprudencial realizado, en la actualidad se encuentra supeditado a la apreciación jurisdiccional de manera casuística, es decir, que el Juez que haya de dilucidar la causa será el que valorará y

87 Como podemos ver en Corte di Cassazione, Sezione III, 5 maggio 2004, n. 37074 y en Corte di Cassazione, Sezione III, 8 maggio 2003, n. 39706.

88 También en las sentencias de la Corte di Cassazione, Sezione III, 28 gennaio 2005, n. 13500, Sezione III, 29 aprile 2004, n. 24000, Sezione III, 16 giugno 2004, n. 32435, entre otras.

89 SCALFATI, A.: *Principi*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 25. SESSA, A.: *Le giustificazioni*, cit., p. 348. TROISI, P.: "Operazioni Digitali", cit., p. 662.

ponderará. La doctrina italiana solicita una más adecuada regulación de esta figura porque puede vulnerar derechos fundamentales. El juez deberá reconstruir las razones por las que se ordenó la operación, el grado de implicación de la policía en la comisión del delito y el alcance de cualquier incitación o presión ejercida. En definitiva, la investigación bibliográfica-documental realizada revela que aún existen lagunas jurídicas en su regulación legal, como hemos expuesto. Del estudio de esta figura en Italia concluimos que la doctrina dogmática y jurisprudencial solicita una reglamentación pública y completa de las actividades encubiertas.

## BIBLIOGRAFÍA

AMATO, G. C.: "Le specifiche attività di polizia giudiziaria, in Reati in materia di immigrazione e stupefacenti", en AAVV.: *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti* (coord. A. CAPUTO E G. FIDELBO), Giappichelli, Torino, 2012.

BALSAMO, A.: "Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del "diritto vivente" nel processo di integrazione giuridica europea", *Cassazione penale*, núm. 12, 2006.

BALSAMO, A.: "Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione Penale*, núm. 6, 2008.

BARROCU, G.: *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011.

BELLAGAMBA, F.: *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 2007.

BELLARDINI, M.: "Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore", *Giurisprudenza italiana*, núm. 12, 1999.

BOCCHINO, M. C.: "Il Servizio centrale operativi della Polizia di Stato (SCO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, vol. III - Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, (coord. F. IADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016.

CAPRIOLI, F.: *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Giappichelli, Torino, 2000.

CATERINI, M., ROCCA, M.: "L'agente sotto copertura al limite della provocazione", *Ordines*, núm. 1, 2022.

COTTI, G.: "Operazioni sotto copertura e garanzie procedimentali", *Tesi di laurea in Diritto Processuale Penale*, Dir. Orlandi, R., Università di Bologna, 2018.

DELLA MONICA, G.: "Il traffico di sostanze stupefacenti: problematiche connesse alla nuova legislazione", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 61, 1993.

DI BUGNO, C.: "Commento all'art. 14 legge n. 269 del 1998, *Legge Penale*, núm. 19°, 1999.

FANCHIOTTI, V.: "Agente sottocopertura", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Italia, 2021.

FANULI, G. L.: "La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria alla luce della legge n. 63 del 2001: un mero ripristino del divieto caducato dalla consulta", *Archivio della nuova procedura penale*, núm. 4, 2002.

GAETA, P.: "Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)", en AA.VV.: *Giusto processo nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001)* (coord. P. TONINI), Cedam, Padova, 2001.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001.

ILO, P.: "L'agente sotto copertura per i reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

JORDÁ SANZ, C.: "La importancia de la resistencia social para combatir el crimen organizado: lo que Italia nos cuenta", *Revista Real Instituto Elcano*, núm. 51, 2021.

LANDOLFI, A.: "L'acquisto simulato di stupefacente: analisi di esperienze giudiziarie. Corso di aggiornamento sulle tecniche di indagine "Giovanni Falcone", vol. III, Tecniche di investigazione su particolari figure di reato", *Quaderni del C.S.M.*, núm. 71, 1994.

MAFFEI, S.: "Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione penale*, núm. 5, 2003.

MAGLIOCCO, G.: "Il Servizio centrale di investigazione sulla criminalità organizzata della Guardia di finanza (SCICO)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie* (coord. F. LADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016.

MELILLO, G.: "Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a finalità di terrorismo", AA.VV.: *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, (coord. G. DI CHIARA), Giappichelli, Torino, 2003.

PARENTE, M.: "Il Raggruppamento operativo speciale carabinieri (ROS)", en AA.VV.: *Enciclopedia delle mafie, Strumenti e istituzioni per la lotta alle mafie*, (coord. F. LADELUCA), Armando Curcio, Roma, 2016.

PETRELLA, M.: "L'acquisto simulato di droga. Art. 97" en AA.VV.: *Le sostanze stupefacenti* (coord. G. INSOLERA), Giuffrè Francis Lefebvre, Turin, 1998.

PIATTOLI, B.: "Agenti provocatori, indagini «undercover» e diritto a la prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione", *Diritto Penale e Processo*, núm. 5, 2013.

PUGLISI, R.: "Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova", *Cassazione penale*, núm. 7-8, 2009.

ROSS, J.: "Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: Esperienze a confronto", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, núm. 1, 2020.

SCALFATI, A.: *Principi*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2018.

SESSA, A.: *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Esi, Napoli, 2018.

SIGNORATO, S.: *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018.

TAMIETTI, A.: "Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Cassazione Penale*, 2002, núm 9°.

TROISI, P.: "Operazioni Digitali Sotto Copertura", en AA.VV.: *Le indagini atipiche* (coord. A. SCALFATI), Giappichelli, Italia, 2019.

VENDIUS, T.T.: "Proactive Undercover Policing and Sexual Crimes against Children on the Internet", *European Review of Organised Crime*, núm. 2, 2015.

VICOLI, D. y BIRAL, M.: "La regulación de las investigaciones encubiertas en el sistema procesal penal italiano", en AA.VV.: *Los actos de investigación contra el crimen organizado. Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia* (coord. V. CUBAS VILLANUEVA y M. A. GIRAQ ISIDRO), Instituto Pacífico, Madrid, 2016.

ZAPPULLA, A.: "Commento all'art. 8 l. 13 agosto 2010, n. 136 (piano antimafie)", *Legislazione penale*, núm. 4, 2010.

## JURISPRUDENCIA

STEDH 26 marzo 2015 (*Tol* 6407299).

Corte di Cassazione, Sala IV, 24 aprile 1997, n. 5829.

Corte di Cassazione, Sezione III, 3 de dicembre 2001, n. 5397.

Corte di Cassazione, Sezione III, 8 maggio 2003, n. 39706.

Corte di Cassazione, Sezione III, 29 aprile 2004, n. 24000.

Corte di Cassazione, Sezione III, 16 giugno 2004, n. 32435

Corte di Cassazione, Sezione III, 5 maggio 2004, n. 37074.

Corte di Cassazione, Sezione III, 28 gennaio 2005, n. 13500

Corte di Cassazione Sezione I, 17 ottobre 2006, n. 41281.

Corte di Cassazione Sezione III, 14 giugno 2008, n. 26763.

Corte di Cassazione, Sezione III, 3 giugno 2008, n. 26763.

Corte di Cassazione, Sezione II, 25 de settembre de 2008, n. 40036.

Corte di Cassazione, Sezione III, 17 gennaio 2008, n. 8380.

Corte di Cassazione, Sezione III, 18 marzo 2009, n.39456.

Corte di Cassazione, Sala IV, de 11 giugno 2009, n. 41799.

Corte di Cassazione Sezione III, 6 ottobre 2009, n. 41743.

Corte di Cassazione, Sezione III, 24 novembre 2010, n. 45571.

Corte di Cassazione, Sezione III, 25 ottobre 2017, n. 56086.







# CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO



LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ENFERMO MENTAL:  
UN ANÁLISIS DEL DÉFICIT DE INTERNAMIENTO  
PSIQUIÁTRICO EN LA JUSTICIA BOLIVIANA

*THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE MENTALLY ILL: AN  
ANALYSIS OF THE DEFICIT OF PSYCHIATRIC CONFINEMENT  
IN THE BOLIVIAN JUSTICE SYSTEM*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 444-473*

Alan Mauricio  
ZÁRATE  
HINOJOSA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 29 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Las personas con enfermedades mentales en las cárceles de Bolivia son un caso crítico que requiere atención urgente. A menudo, estas personas terminan en el sistema penitenciario debido a la falta de servicios de internamiento psiquiátrico en el sistema de justicia. A lo largo del presente artículo, se explorarán los siguientes puntos: Incapacidad del sistema judicial para abordar la enfermedad mental de aquellos que cometieron un delito, esto debido a la falta de recursos y personal capacitado en el sistema judicial boliviano; desafíos para identificar y tratar trastornos mentales durante el proceso penal y el impacto negativo de las condiciones carcelarias en la salud mental. Asimismo, el artículo busca arrojar luz sobre la situación actual, destacando la necesidad urgente de reformas en el sistema de justicia boliviano para garantizar un tratamiento adecuado y humano para las personas con enfermedades mentales en lugar del encarcelamiento.

**PALABRAS CLAVE:** inimputabilidad; enfermo mental; responsabilidad penal; peligrosidad; cárcel; internamiento; medidas de seguridad.

**ABSTRACT:** *People with mental illnesses in Bolivian prisons are a critical case that requires urgent attention. These people often end up in the prison system, due to the lack of psychiatric inpatient services in the justice system. Throughout this article, the following points will be explored: Inability of the justice system to address the mental illness of those who committed a crime, this is due to a lack of resources and trained personnel in the Bolivian judicial system; challenges to identifying and treating mental disorders during the criminal process and the negative impact of prison conditions on mental health. Likewise, the article seeks to shed light on the current situation, highlighting the urgent need for reforms in the Bolivian justice system to ensure adequate and humane treatment for people with mental illnesses instead of imprisonment.*

**KEY WORDS:** *Non-imputability; mentally ill; criminal liability; dangerousness; jail; internment; security measures.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INIMPUTABLE.- III. LA PENA VS LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.- I. La peligrosidad como fundamento y límite de las medidas de seguridad.- IV. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.- I. Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, Código Penal.- 2. Ley No 1970 de 25 de marzo de 1999, Código de Procedimiento Penal Boliviano.- 3. Ley N° 2298, Ley de Ejecución Penal y Supervisión de 20 de diciembre de 2001.- 4. Código del Sistema Penal 20 de diciembre de 2017 (abrogado).- V. EL PROCESADO CON ENFERMEDAD MENTAL SE ENCUENTRA EN UN CALLEJÓN SIN SALIDA: LA CÁRCEL.- I. La cárcel y la enfermedad mental.- 2. Salud y dignidad, garantía constitucional.- VI. LA INAPLICABILIDAD DEL INTERNAMIENTO EN BOLIVIA. DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE PERSONAS INIMPUTABLES.- I. Falta de establecimientos especiales.- 2. Inexistencia de peritos psiquiatras.- VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

## I. INTRODUCCIÓN.

En el complejo entramado de la justicia boliviana, la responsabilidad penal del enfermo mental emerge como un tema crucial. Este artículo se sumerge en un análisis respecto al déficit de internamiento psiquiátrico como medida de seguridad en Bolivia, explorando las complejidades que rodean la intersección entre la salud mental y el proceso penal, cuestionando cómo se aborda esta problemática en el contexto legal y judicial.

En un país donde la justicia busca equilibrar el respeto de los derechos individuales con la protección de la sociedad; la responsabilidad penal de aquellos afectados por enfermedades mentales es un desafío multifacético. La falta de recursos y estructuras adecuadas para atender a personas con trastornos mentales en el sistema judicial boliviano cuestiona la capacidad de dicho sistema para abordar de manera justa y efectiva los casos de personas con condiciones mentales debilitadas.

En este contexto, se examinan las repercusiones directas en la aplicación de la ley y la búsqueda de la justicia. ¿Cómo se desenvuelve la responsabilidad penal en casos donde la salud mental del acusado debería ser considerado con mayor atención? ¿Se encuentran los mecanismos de internamiento psiquiátrico lo suficientemente desarrollados para garantizar una evaluación adecuada y un tratamiento efectivo? O, aún más importante, ¿Se cuenta con establecimientos especiales para poder aplicar el internamiento a personas que sufren alguna

### • Alan Mauricio Zárate Hinojosa

Abogado (Universidad Mayor de San Andrés). Graduado por presentación, debate y defensa de tesis con Aprobación Plena con Mención Honrosa. Magister Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas - Magna Cum Laude (UMSA). Fue Auxiliar de Docencia Titular de la Cátedra Derecho Penal I - Parte General de la Carrera de Derecho (UMSA). Docente del área de penal de pre y de postgrado en distintas universidades del país. Autor de la obra jurídica literaria de difusión nacional intitulada: Derecho Penal del Enemigo en la Legislación Boliviana. Conferencista nacional e internacional en Congresos de Derecho Penal. Desempeñó como Juez de Instrucción, Anticorrupción y Contra la Violencia Hacia la Mujer y Juez de Sentencia Penal. Correo electrónico: azaratehinojosa@gmail.com.

enfermedad mental? Estas interrogantes plantean una reflexión crítica sobre la capacidad del sistema legal boliviano para lidiar con la complejidad inherente a los casos que involucran a personas inimputables.

En Bolivia, si bien hemos adoptado un sistema dualista<sup>1</sup> respecto a las consecuencias jurídicas del delito, es decir, contamos con penas y medidas de seguridad como respuesta ante la existencia de un injusto. Así también se encuentra previsto en el Código Penal boliviano, art. 25, “La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad (...)”, sin embargo, en la realidad se aplica un sistema punitivo monista, siendo la cárcel la única consecuencia jurídica ante la existencia de un delito.

El título del presente artículo resulta contradictorio al sugerir que una persona que sufre algún trastorno o enfermedad mental sea responsable penalmente y el problema nace de esta realidad: En Bolivia, las personas *inimputables* se encuentran purgando penas o con detención preventiva en las cárceles. Personas que seguramente debieran estar siendo tratadas en establecimientos especiales como, por ejemplo: centros psiquiátricos de internamiento o centros de salud; en realidad son ignorados en cuanto a su salud mental y son juzgados como personas sanas mentalmente.

Explorando la legislación actual en Bolivia relacionada con la inimputabilidad y las medidas de seguridad aplicables al caso, se identifican posibles lagunas y/o ambigüedades que pueden contribuir al déficit de internamiento psiquiátrico. Ante la misma conviene preguntarnos ¿Existen disposiciones específicas que aborden esta problemática de manera exhaustiva, o es necesario revisar y fortalecer la legislación actual para garantizar una protección más efectiva de los derechos y la seguridad tanto de los individuos afectados como de la sociedad en general? No obstante, la ley no es la única causa de que los enfermos mentales se encuentren en las cárceles y es lo que analizaremos en el presente artículo.

## II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL INIMPUTABLE.

Dentro de la Teoría del Delito, a partir de su sistema categorial y secuencial que nos permite establecer cuándo una conducta es considerada delito; como último peldaño tenemos a la culpabilidad. La culpabilidad se erige como piedra angular en la fundamentación y delimitación de la pena, es la culpabilidad el presupuesto de la pena<sup>2</sup>. En primer lugar, la culpabilidad refleja la conexión intrínseca entra la comisión de un delito y la responsabilidad penal del individuo. Es el vínculo que establece que aquel que transgrede la ley debe asumir las consecuencias de sus

1 VILLAMOR LUCÍA, F.: *Derecho Penal Boliviano Parte General*, 2ª ed., La Paz Bolivia, 2007, p. 323.

2 VILLAMOR LUCÍA, F.: *Derecho Penal Boliviano*, cit., p. 324.

acciones. Asimismo, la culpabilidad actúa como un filtro necesario para garantizar que la pena sea proporcional y justa. De ese modo, al exigir la demostración de la culpabilidad más allá de una duda razonable, se intenta establecer un límite que proteja a la sociedad contra condenas injustas y arbitrarias.

Por lo tanto, la teoría elaborada por la Ciencia del Derecho Penal sobre el delito ha establecido que la mera constatación de la realización de un hecho injusto tipificado por la ley penal no basta para la exigencia de responsabilidad criminal<sup>3</sup>, sino que la misma requiere inexorablemente la afirmación de la culpabilidad del sujeto. La culpabilidad como juicio de reproche que va dirigido al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico consiste en la valoración que se realiza al sujeto por haber realizado un hecho delictivo pese a conocer, o haber podido conocer que estaba prohibido. Para afirmar dicha culpabilidad supone un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones bio-psíquicas que permitan al autor conocer la lesividad material de su comportamiento y su ilicitud, así como dirigir su voluntad conforme a dicha comprensión.

El fundamento material de la culpabilidad radica en aquellas facultades que permiten al individuo motivarse por la norma penal y participar así con el resto de la colectividad en condiciones de igualdad de una vida común, pacífica y jurídicamente organizada. Si el agente por desconocimiento del contenido de la prohibición, por falta de capacidad de motivación o por hallarse en una determinada situación en la que no le era exigible una conducta distinta, no puede ser motivado por la norma o la motivación se encuentra gravemente alterada, por consiguiente, no existirá la culpabilidad.

Al no pasar el filtro de la culpabilidad, ciertamente el delito no se configura; así lo ha referido el profesor ZAFFARONI, cuando refiere que "Pese a la presencia de un injusto no podemos aún afirmar la presencia de un delito: es necesario que ese injusto le sea jurídicamente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable"<sup>4</sup>. Esto significará que una persona que comete ya sea por acción u omisión un delito por muy grave que este pueda ser, no necesariamente será culpable del mismo y cuando el agente no sea culpable del hecho típico y antijurídico, este deberá ser absuelto por no ser responsable penalmente del hecho. Por eso es proclamada como principio esencial el *nullum crimen sine culpa* o lo que es lo mismo, la imposibilidad de que exista delito alguno si no se comprueba la culpabilidad de su autor; principio de culpabilidad.

3 BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998, p. 298.

4 ZAFFARONI, E.: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 30



Ahora bien, debemos tener un punto de partida a la hora de establecer la responsabilidad penal. Esta radica en lo que se ha denominado la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; este como uno de los elementos o presupuestos de la culpabilidad. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, tal como lo establece el profesor MUÑOZ CONDE, es el conjunto de facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para que un sujeto sea responsable penalmente de un hecho típico y antijurídico<sup>5</sup>.

En el caso de las personas que padecen de algún trastorno o enfermedad mental, la cuestión de su capacidad para comprender la naturaleza y la gravedad de sus acciones se vuelve primordial. Si se determina que una persona sufre de una enfermedad mental que le impide comprender la naturaleza ilícita de sus actos o actuar conforme a esa comprensión, puede considerarse que carece de responsabilidad penal. Una persona inimputable no puede ser culpada ni sancionada penalmente por un delito cometido debido a su incapacidad mental al momento de cometerlo. La cuestión de la capacidad no se puede, pues, formular así: ¿Pudo el autor comportarse de otro modo o no?, sino más bien así: ¿Es responsable el autor por no haberse comportado de otro modo?<sup>6</sup> en tal sentido, conforme al diagnóstico emitido posterior a una evaluación psiquiátrica, el Juez de la causa determinará la inimputabilidad del autor, ya que existe ausencia de capacidad de culpabilidad.

Cabe aclarar que la calidad de inimputable puede darse en dos casos. Por ser un menor de edad que carezca de la madurez suficiente para comprender la ilicitud de sus actos o actuar conforme a la misma<sup>7</sup> y las personas que sufren una enfermedad mental al momento del hecho delictivo<sup>8</sup>. Dentro del presente artículo sólo nos dedicaremos a las personas que son inimputables por sufrir alguna enfermedad mental.

Es así que la imputabilidad de acuerdo a MUÑOZ CONDE, está constituida por la capacidad de motivación, para motivarse por los mandatos normativos<sup>9</sup>, siendo imputable el sujeto que puede ser motivado por ella y no siéndolo, aquel que no reúne las condiciones para su afectación por el mensaje de la misma, al no tener dicha capacidad desarrollada por falta de madurez o por defectos psíquicos, ya que, si la imposición de una pena se hace para motivar al sujeto a que no delinca, en nada se verá afectada dicha motivación por la no imposición de una pena al

5 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 361.

6 JAKOBS, G.: *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 645.

7 LEY N° 548 de 17 de julio de 2014, Código Niño, Niña, Adolescente, Bolivia, art. 269.

8 LEY N°1768 de 10 de marzo de 1997, Código Penal boliviano, art. 17.

9 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 362.

inimputable, es decir, a un no motivable<sup>10</sup>. La pena en tales casos no tiene sentido alguno, ni desde el punto de vista de la prevención general ni desde la prevención especial, ya que los inimputables son escasa o nulamente motivables, por lo que la pena no supone para ellos, antes del suceso (*ex ante*), un factor inhibitor serio y tras la comisión del hecho delictivo, el método más adecuado para su readaptación social, donde ese método no es la cárcel, sino un tratamiento médico. Así también lo entiende MUÑOZ CONDE, cuando refiere que, la imputabilidad surge como un límite a la responsabilidad penal<sup>11</sup>, ya que, cuando nos encontramos frente a personas que sufren una enfermedad mental no podemos pretender que estos sean aparentemente sanos. Ciertamente, en este grupo de personas, una pena será inútil y no cumplirá los fines que busca alcanzar.

A partir de ello, se sigue un razonamiento: si la persona no puede ser imputable (capacidad de culpabilidad), no puede ser culpable, por ende, si es inimputable, no puede imponerse una pena y si no puede imponerse una pena, este no debería ser condenado; y si no puede ser condenado, debe ser absuelto. En resumen, alguien que no es responsable del injusto penal debe ser absuelto en la sentencia judicial.

En Bolivia, la situación de aquellas personas que sufren alguna enfermedad mental y cometieron algún delito es demás lamentable, ya que contrario a la ley y al Derecho desde la primera instancia de su juzgamiento no son considerados en muchos casos como inimputables más al contrario son sometidos a detención preventiva y llevados a los centros penitenciarios. Peor es el caso de aquellos que, con cuadros psicóticos (pérdida de contacto con la realidad) son sentenciados a cumplir una condena en una cárcel común, junto con otros internos sin discriminar su situación de enfermos mentales (tema que será abordado más adelante).

En torno a ello, en Bolivia, ciertamente las personas que sufren algún trastorno o enfermedad mental cuentan con responsabilidad penal dentro del sistema judicial penal. Ahora las interrogantes serán: ¿por qué?, ¿por qué aquellas personas que en teoría son inimputables, en la práctica no lo son? Estas preguntas se contestarán durante el desarrollo de este artículo.

Ahora bien, ante la constatación de un hecho típico antijurídico y culpable, la consecuencia jurídica es una pena privativa de libertad (la cárcel por excelencia en la mayoría de los casos), pero junto a la pena, dentro de las consecuencias jurídicas del delito, se encuentran también las medidas de seguridad. Bien referíamos que una persona que es inimputable no es culpable y por tanto no debe aplicarse una pena, en su lugar se aplicará una medida de seguridad. En palabras del profesor

10 CARBONELL MATEU, J.: "Sobre la Imputabilidad en Derecho Penal español", *Cuadernos de Derecho Judicial. La Imputabilidad en General en el Derecho Penal*, núm. XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 16.

11 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, cit., p. 363.

VILLAMOR, “la capacidad de imputabilidad del autor no obstaculiza imponerle determinadas medidas de seguridad, cuya justificación dependerá exclusivamente del pronóstico que arroje una investigación acerca de su peligrosidad”<sup>12</sup>. Conviene ahora examinar la diferencia entre ambas, y porqué la cárcel no es útil cuando de enfermos mentales se trata.

### III. LA PENA VS LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Concerniente a las consecuencias jurídicas del delito, como elemento de la norma jurídica, tal como hemos referido ut supra, si bien en Bolivia se ha adoptado un sistema dualista respecto a las consecuencias jurídicas del delito, no es menos cierto que en la práctica estamos lejos de aplicar dicho sistema.

Por otro lado, cabe mencionar que, en la teoría, si bien las penas y las medidas de seguridad son distintas, tienen presupuestos y fines distintos; en la práctica, cuentan con cierta similitud. Este es el carácter aflictivo. La pena y las medidas de seguridad como una doble reacción frente al problema de la delincuencia comparten ambas ese carácter aflictivo, puesto que, se trata de privar de la libertad a una persona. Sin embargo, debemos reconocer que encarcelar a quién padece de un trastorno o enfermedad mental, supera de sobre manera esa aflicción al no ser la cárcel el sitio ideal para tratar a personas con debilidad mental.

Según Rodríguez Devesa, citado por el profesor VILLAMOR LUCÍA, “la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”<sup>13</sup>. La pena de prisión es la pena por excelencia por los efectos intimidatorios que genera.

Referente a la pena, tiene como fundamento y límite a la culpabilidad del autor de un hecho delictivo, persigue objetivos de prevención general, disuadiendo a otros de cometer delitos, prevención general negativa<sup>14</sup> como lo señala ZAFFARONI, donde la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Y prevención especial, buscando la rehabilitación del delincuente.

Las medidas de seguridad, en cambio, se centra en la peligrosidad criminal del infractor, buscando proteger a la sociedad mediante su reclusión o tratamiento, independientemente de la culpabilidad. Así lo señaló VILLAMOR al referir que “El estado peligroso, es el fundamento de las medidas de seguridad lo mismo que la culpabilidad es el presupuesto de la pena. La peligrosidad es distinta de la culpabilidad, la peligrosidad puede ser muy elevada, siendo la gravedad del delito

12 VILLAMOR LUCÍA, F.: *Derecho Penal Boliviano*, cit., p. 245.

13 VILLAMOR LUCÍA, F.: *Derecho Penal Boliviano*, cit., p. 297.

14 ZAFFARONI, R., ALIAGA, A. y SLOKAR, A.: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 39.

cometido muy pequeña y viceversa puede ser prácticamente nula a pesar de haber cometido el sujeto un delito muy grave"<sup>15</sup>. Mientras que la pena constituye la respuesta frente a la culpabilidad del autor, la medida de seguridad lo es frente a su peligrosidad, entendida ésta como probabilidad de comisión de futuros delitos<sup>16</sup>. A pesar de su enfoque preventivo, las medidas de seguridad también han sido criticadas por la posibilidad de violar derechos fundamentales al mantener a individuos por un tiempo no definido de reclusión.

En el ámbito del Derecho Penal, la pena y las medidas de seguridad son conceptos fundamentales que buscan alcanzar distintos objetivos y cumplir con finalidades específicas. La pena se refiere a la sanción impuesta por el Estado como consecuencia de la comisión de un delito. Por otro lado, las medidas de seguridad se aplican en casos específicos donde se evidencia que el autor del delito padece de una alteración psíquica o trastorno mental que lo hace peligroso para sí mismo o para la sociedad. A diferencia de la pena, las medidas de seguridad tienen un enfoque predominante preventivo especial, orientado a la rehabilitación y protección social.

Conforme a lo mencionado anteriormente, las medidas de seguridad tienen como finalidad y objetivo principal la prevención de futuros delitos por parte del sujeto infractor al ordenamiento penal y es considerado peligroso por su conducta realizada en contra de la sociedad y de los ordenamientos de conducta social y penal, de ahí se desprende que el fin principal de las medidas de seguridad es la prevención especial, y puede ser concretada en una actuación de corrección, socialización, tratamiento y educación sobre el sujeto considerado peligroso y, dichas actuaciones son llevadas a cabo para evitar que el sujeto peligroso pueda cometer nuevos ilícitos penales en el futuro; evitando que se vuelva a romper el orden y armonía social que marca el precepto penal.

Aunque las medidas de seguridad no persiguen de forma directa la prevención general, es innegable que se logre la prevención general de forma accesoria o accidental, debido a la utilización reciente en los sistemas penales de medidas de seguridad inocuidadoras y de aquellas medidas de seguridad en donde su duración es indeterminada, produciendo en la sociedad un efecto intimidatorio, creando una confianza generalizada en la sociedad donde se aplica, por la postura que obtiene el Estado en contra de los delincuentes que infringe el ordenamiento penal y las reglas de conductas.

Como bien señalábamos, otra diferencia clave radica en la duración de la pena y las medidas de seguridad. Mientras que la pena tiene un límite temporal

<sup>15</sup> VILLAMOR LUCÍA, F.: *Derecho Penal Boliviano*, cit., p. 324.

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 585.

establecido en la norma jurídico penal, las medidas de seguridad están sujetas a revisiones periódicas y pueden extenderse más allá del plazo de la pena si persiste la peligrosidad del individuo. Este aspecto totalmente contrario al principio de legalidad, *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que, dentro de la exposición de motivos del actual código penal boliviano, el legislador ha hecho énfasis respecto a la extensión del principio de legalidad, alcanzando éste a las medidas de seguridad<sup>17</sup>. ¿Qué quiere decir esto? No hay medida de seguridad sin delito, no hay medida de seguridad sin ley, ello se ve reflejado en que las medidas de seguridad sólo pueden aplicarse posterior a la comisión de un hecho delictivo, pero también debe existir la peligrosidad del autor siendo este post-delictual, toda vez que la peligrosidad pre-delictual ya ha sido superada por el principio de legalidad. Así también, el internamiento, al no tener por objeto una retribución por el injusto cometido, sino la protección de la comunidad frente a una persona peligrosa debe tardar tanto tiempo como lo exija esa necesidad de protección, de esa forma se intenta *justificar* que no exista un límite de tiempo. La tendencia a considerar a los enfermos mentales como inherentemente peligrosos puede llevar a decisiones judiciales que prolongan su internamiento, generando un ciclo perpetuo de encarcelamiento preventivo, y en el caso de la legislación boliviana, incluso el límite depende de "la curación" del sujeto<sup>18</sup>. La escasa atención a las condiciones de detención que puedan agravar la salud mental de los reclusos podría contribuir al deterioro continuo de su estado, justificando así su permanencia en prisión de manera indefinida.

En suma, podemos decir que, la pena y las medidas de seguridad representan dos enfoques distintos en el sistema penal. La pena se orienta hacia la retribución y la prevención general, castigando al infractor por su conducta delictiva. En cambio, las medidas de seguridad buscan abordar los factores psíquicos que generan peligrosidad, priorizando la rehabilitación y la protección social. Ambas figuras coexisten en el sistema legal para abordar las diversas complejidades de la conducta delictiva.

### **I. La peligrosidad como fundamento y límite de las medidas de seguridad.**

Mientras que las penas tienen como fundamento a la culpabilidad criminal del autor, las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal de a quien se le aplica. Es decir, una persona que ha cometido un delito y no es penalmente responsable del mismo, es peligrosa por el mero hecho de haber cometido el delito, siendo esa peligrosidad la que fundamenta la imposición de una medida de seguridad. Las medidas de seguridad son, por tanto, la consecuencia jurídica

17 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: Reforma Parcial al Código Penal Boliviano.

18 LEY N° 1970, 1999, *Código de Procedimiento Penal boliviano*, art. 86.

establecida para aquellos sujetos que han puesto de manifiesto su peligrosidad con un comportamiento delictivo, pero del que no pueden ser culpables.

La peligrosidad no es un concepto psiquiátrico. Como todo en un proceso judicial, sólo el juez, basándose en consideraciones psiquiátrico-forenses, puede determinar si una persona es o no peligrosa. La peligrosidad es un concepto pronóstico, ya que se basa en el riesgo de comisión futura de delitos. Este riesgo, nuevamente, lo determina el juez. La peligrosidad posee gradientes, por ello puede imponerse una medida de seguridad más o menos restrictiva de la libertad del individuo (por ejemplo, privativa o no privativa de libertad; de internamiento o de tratamiento ambulatorio; etc.) Al tratarse de una previsión de futuro que pretende construir un pronóstico previo a un tratamiento adecuado que necesita un buen diagnóstico. Es aquí donde será necesaria la intervención de un especialista, perfecto conocedor de la materia, que aporte al juez los informes que sean necesarios para el ulterior juicio de peligrosidad.

Ahora bien, cabe subrayar que, tan ingenuo y discriminante es pensar que todas las personas con enfermedad mental son siempre peligrosas como pensar que todas son siempre inofensivas. Las personas son o no peligrosas en virtud de los actos que realizan, no en virtud de las enfermedades que padezcan o no y anular esa peligrosidad es el fin de la legislación penal. En el caso de los inimputables, las medidas de seguridad son alternativas a la pena, puesto que ésta no cabe frente a un sujeto exento de responsabilidad. La medida de seguridad deberá basarse en el pronóstico de peligrosidad criminal y sólo será aplicable el internamiento si resulta necesario. De acuerdo con Claus Roxin, una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre<sup>19</sup>, entonces ¿no es más vulneratorio la pena que se aplica al inimputable?, ¿no afecta sus derechos más fundamentales?, ¿no son penas a no delitos?

Esta exigencia de comisión previa de delito es una importante garantía, pero no la única. La aplicación de las medidas de seguridad debe verse rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, puesto que, en definitiva, se trata también de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales<sup>20</sup>.

#### IV. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.

Un aspecto importante para tomar en cuenta es la exposición de motivos de la reforma parcial al Código Penal boliviano actual, como bien referíamos ut supra, siendo que el principio de legalidad alcanza a las medidas de seguridad: “En concordancia con los principios constitucionales que limitan el poder penal

19 ROXIN, C.: *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 100.

20 MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal*, cit., p. 586.

estatal, se incorpora el principio de legalidad extendiéndolo a las medidas de seguridad penales. Se justifica esta extensión por el carácter gravoso que importan las medidas de seguridad para los derechos individuales, asumiendo ellas, en la práctica, el carácter de pena”<sup>21</sup>.

Tal como lo detalla el legislador, se reconoce el carácter gravoso ya que en la práctica las medidas de seguridad adquieren el carácter de pena, en tal virtud, al extenderse el principio de legalidad a las medidas de seguridad, podemos entender que *nulla medida de seguridad sine lege*, al igual que la pena, las medidas de seguridad deben estar previstas en la ley en su forma de aplicación y duración, así también, tal como se ha señalado líneas arriba, las medidas de seguridad son post delictuales, siendo necesaria la comisión de un delito para la imposición de la misma.

### **I. Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, Código Penal boliviano.**

Dentro del Código Penal boliviano, actualmente vigente, en el art. 79 se reconoce como medida de seguridad “el internamiento, que puede ser en manicomios o casas de salud, en un establecimiento educativo adecuado, en una casa de trabajo o de reforma, o en una colonia agrícola”, así también, se tiene la suspensión o prohibición de ejercer determinada industria, comercio, tráfico, profesión, cargo, empleo, oficio o autoridad; la vigilancia por la autoridad y la caución de buena conducta. Siendo de nuestro interés el internamiento como medida de seguridad en los casos de enfermedad mental, sólo trataremos esta medida de seguridad para fines del artículo.

Toda vez que, el internamiento la medida de seguridad por excelencia, el CP ha previsto en su art. 80, cuándo debe ser aplicada: “Cuando el imputado fuere declarado inimputable y absuelto por esta causa conforme al art. 17, el juez podrá disponer, previo dictamen de peritos, su internación en el establecimiento correspondiente, si por causa de su estado existiere el peligro de que se dañe a sí mismo o dañe a los demás. Si no existiere un establecimiento adecuado, la internación del inimputable se hará en el que más próximamente pueda cumplir este fin o se lo dejará en poder de su familia, si a juicio del juez aquella ofreciere garantía suficiente para el mismo fin. Esta internación durará todo el tiempo requerido para la seguridad, educación o curación. El juez de ejecución penal, por lo menos una vez cada seis meses, examinará la situación de aquél a quien ha sido impuesta esta medida, examen, que se llevará a cabo en audiencia oral, a puertas cerradas, previo informe de los responsables del establecimiento y de peritos; la decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último

---

21 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: Reforma parcial al Código Penal.

caso, podrá modificar el tratamiento o cambiar el establecimiento en el cual se ejecuta”.

Respecto al art. 80, debemos analizar ciertos puntos, primero, el juez sólo podrá disponer la internación del que sufre una enfermedad mental previo dictamen de peritos, la interrogante respecto a este punto es, ¿qué sucede si no se cuenta con dichos peritos? Si bien el que determina la inimputabilidad de una persona dentro del juicio es el juez, el mismo debe ser previa valoración y dictamen de un profesional en el área. El juez no es un experto en psiquiatría, psicología o medicina. Este punto es fundamental, porque de no existir un dictamen que establezca la condición de la persona que se presume sufre de alguna enfermedad mental, esta no podrá ser declarada inimputable.

El siguiente punto para tomar en cuenta respecto el art. 80 es que, para disponer la internación de una persona no basta con el mero padecimiento de un trastorno o enfermedad mental, sino que de dicho padecimiento se prevé un peligro para quien sufre la enfermedad mental o para su entorno: “si por causa de su estado existiere el peligro de que se dañe a sí mismo o dañe a los demás”. La peligrosidad como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad de internamiento. De no existir peligro, el internamiento es inaplicable y será aplicado sólo cuando resulte necesario.

Como tercer punto de análisis tenemos la falta de delimitación temporal respecto a la aplicación de la medida de seguridad de internamiento. “Esta internación durará todo el tiempo requerido para la seguridad, educación o curación”, contrario al principio de legalidad donde se exige una duración determinada en cuanto a una consecuencia jurídica, como es en el caso de las penas, estas se encuentran determinadas en cuanto a su duración, sin embargo, tal como podemos observar, en el caso de las medidas de seguridad, estas son indeterminadas en la duración de las mismas. Cuando el legislador establece que la internación durará todo el tiempo requerido para la curación, podemos hablar de un internamiento de por vida; respecto a este punto surge un problema, ¿puede una persona que sufre algún trastorno o enfermedad mental, curarse o mejorar si la misma se encuentra encerrada en una cárcel donde no recibe tratamiento alguno para la enfermedad que padece? En el departamento de Cochabamba, Bolivia, la psicóloga del Régimen Penitenciario Eliana Hurtado explica (refiriéndose a los internos con problemas psiquiátricos en la cárcel) que estas personas tienen desde esquizofrenia simple hasta paranoias más severas, varios tipos de trastornos de personalidad, algunos derivados de consumo de drogas y otros que ya ingresaron con una condición psiquiátrica. “Algunos casos son crónicos; esto quiere decir que sin la medicación y sin la debida atención psiquiátrica, ellos



desbordarían"<sup>22</sup>, estamos ante una situación donde no se le permite mejorar o curarse a aquel que sufre una enfermedad mental y cometió un hecho típico y antijurídico, condenándolos a un encierro perpetuo. Respondiendo a la pregunta planteada, es evidente que no.

## 2. Ley No 1970 de 25 de marzo de 1999, Código de Procedimiento Penal Boliviano.

El Código de Procedimiento Penal boliviano le ha dedicado a la problemática de la enfermedad mental en el proceso penal sólo un artículo, el art. 86 del CPP (Enajenación mental) señala: "Si durante el proceso se advierte que el imputado padece de alguna enfermedad mental que le impida comprender los actos del proceso, el juez o tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, su reconocimiento psiquiátrico. Comprobado este extremo ordenará, por resolución, la suspensión del proceso hasta que desaparezca su incapacidad." En este primer párrafo se establece "el proceso" englobando las diferentes etapas del proceso penal, es decir, desde la primera etapa (preliminar) si se advierte que el agente se encuentra impedido de comprender los actos del proceso y previa valoración psiquiátrica, se suspenderá el proceso. Respecto a este primer punto debemos tomar en cuenta que la imposibilidad de comprender los actos propios del proceso debe ser notorio para proceder con el reconocimiento psiquiátrico y posteriormente con la suspensión del proceso. Así también, se observa que el Código de Procedimiento Penal no establece las actuaciones previas al proceso, nos referimos en el caso de la policía o la fiscalía (sede administrativa), no se establece un protocolo a seguir para determinar el estado mental de la persona a someterse a un proceso penal. La escasez de programas de prevención y detección temprana de enfermedades mentales en el sistema legal boliviano conduce a una falta de intervención oportuna.

El art. 86 en un tercer párrafo indica: "(...) El juez o tribunal podrá ordenar su libertad, dejándolo al cuidado de sus padres, tutor o curador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. Caso contrario dispondrá la internación del imputado en un establecimiento adecuado, cuyo responsable informará por lo menos una vez cada tres meses sobre el estado mental del enfermo". De este fragmento podemos advertir que no se trata de aplicar una medida de seguridad como tal, ya que el proceso queda suspendido. Recordemos que la medida de seguridad solo se dispondrá posterior a la comisión de un hecho típico y antijurídico donde no existe capacidad de culpabilidad, misma a determinar tras el juicio. En este caso se establece el internamiento como detención preventiva, siempre que se compruebe que existe peligro de que se dañe a sí mismo o a su

---

22 REVOLLO, M.: *En Cochabamba, hay 38 internos en cárceles con problemas psiquiátricos*. (2023, 2 de abril) Opinión.

entorno. Como último párrafo del referido artículo, señala que “En ambos casos, el enfermo será examinado por lo menos una vez cada seis meses por los peritos que el juez o tribunal designe. Si de los informes médicos resulta que el imputado ha recobrado su salud mental, el juez o tribunal dispondrá la prosecución de la causa”. De igual forma que en la aplicación del internamiento como medida de seguridad, esta detención preventiva es indeterminada respecto al tiempo de duración, siendo sólo posible revocar dicha medida si desaparece la incapacidad.

En el caso de las medidas cautelares, la detención preventiva tiene parámetros que deben desvirtuarse para que no se aplique la privación de libertad (siendo esta la más gravosa respecto a los derechos fundamentales de un individuo) y se pueda disponer otras medidas cautelares menos gravosas, una de ellas es la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible<sup>23</sup>; en el caso del internamiento como una medida cautelar, porque no puede ser entendida de otra forma, el internamiento estará fundado en la peligrosidad del presunto autor por sufrir alguna enfermedad mental, sin embargo podríamos caer en el hipotético donde el sujeto no sea autor del hecho punible, pero de demostrarse la imposibilidad de comprensión de los actos dentro del proceso por sufrir algún trastorno o enfermedad mental y ser este considerado peligroso, se estaría privando de libertad a una persona inocente.

### **3. Ley N° 2298, Ley de Ejecución Penal y Supervisión de 20 de diciembre de 2001.**

La Ley de Ejecución Penal y Supervisión se encarga de regular la ejecución de las penas y medidas de seguridad dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes, así lo señala el art. 1. Un aspecto interesante es lo que establece el art. 19, cuando señala que la competencia del Juez de Ejecución Penal es “conocer y controlar 1) La ejecución de las sentencias condenatorias que impongan penas o medidas de seguridad, 6) El cumplimiento de la condena en establecimientos especiales, cuando corresponda”. Refiriendo que una medida de seguridad se impone mediante sentencia condenatoria, cuando debiera ser en una sentencia absolutoria, toda vez que las medidas de seguridad se aplican a los inimputables, en el caso de los que sufren alguna enfermedad mental, y siempre que se prevea la peligrosidad de los mismos. Así también, en su numeral 6 hace referencia al cumplimiento de una condena en un establecimiento especial. La misma LEPS nos indica lo que es un establecimiento especial; en su art. 81 señala lo siguiente, “Los establecimientos Especiales, son aquellos de carácter asistencial, médico y psiquiátrico, destinados a la rehabilitación de personas condenadas a medidas de seguridad o que durante la ejecución de la condena adolezcan de trastorno o

---

23 LEY N° 1970, Código de Procedimiento Penal boliviano, art. 233, numeral 1.

enfermedad mental o presenten dependencia a sustancias controladas o alcohol". Tal disposición se opone al art. 80 del Código Penal, donde establece que al ser el imputado declarado inimputable, se absolverá y, de acuerdo con la existencia de peligrosidad para él o para su entorno, se aplicará el internamiento como medida de seguridad.

El art. 75, establece que son centros penitenciarios los centros de custodia, penitenciarias, *establecimientos especiales* y establecimientos para menores de edad imputables. Ante una inexistencia de establecimientos especiales, el art. 85 refiere que "la Dirección General de Régimen Penitenciario y Supervisión, aprobará los proyectos de construcción, remodelación y adaptación de los establecimientos penitenciarios..."; es decir, al ser los establecimientos especiales, centros penitenciarios, es deber de la Dirección General de Régimen Penitenciario y Supervisión aprobar la construcción de centros de internamiento para su aplicación judicial como medida de seguridad.

Por otro lado, la LEPS, prevé en su art. 97 la asistencia psicológica, sin embargo, no ha previsto una asistencia psiquiátrica. Es evidente la insuficiente atención que se da a las medidas de seguridad dentro de esta ley, así también la falta de atención a quienes padecen de algún trastorno o enfermedad mental. La misma ley se contradice, tratándolos como personas responsables penalmente merecedoras de una condena y por otro lado refiriendo que son inimputables y merecen absolución. Pese a que la LEPS regula la ejecución de las medidas de seguridad, poco o nada dispone respecto a las mismas, ciertamente esta más direccionada a regular las penas, tratando el internamiento como una pena.

#### 4. Código del Sistema Penal de 20 de diciembre de 2017 (abrogado).

El Código del Sistema Penal de fecha 20 de diciembre de 2017, abrogado en enero de 2018, debido a que fue rechazado y cuestionado por varios sectores del país con movilizaciones y una huelga de legisladores, tuvo un aporte interesante respecto a las medidas de seguridad que no está demás analizarlas, a diferencia del actual Código Penal, desarrolla más las medidas de seguridad, en la Sección IV llevando el título de Medidas de Seguridad para Inimputables, el art. 53 señala la naturaleza y carácter excepcional: "Las medidas de seguridad son restricciones a la libertad, que podrán ser impuestas por la jueza, juez o tribunal, cuando la persona cometa una infracción penal y no se le imponga sanción en atención al principio de culpabilidad, por padecer ésta de enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o grave insuficiencia de la inteligencia. Sólo se impondrá medida de seguridad, cuando ella sea necesaria para resguardar la vida o la integridad de la persona inimputable, de las personas de su entorno o de su comunidad".

El Código de Sistema Penal hizo una exclusión respecto a las medidas de seguridad previstas en el Código Penal actual, reconociendo como tipos de medidas de seguridad sólo el control psiquiátrico ambulatorio<sup>24</sup> y la internación, “Artículo 54 (Tipos de Medidas de Seguridad) Son medidas de seguridad el control psiquiátrico ambulatorio, la internación, o una combinación de ambas. Su determinación y aplicación implica necesariamente la coordinación con los servicios públicos de salud. Para dicho fin se convocará a una junta médica compuesta por al menos dos (2) médicos psiquiátricos con asistencia de un profesional en trabajo social. En la adopción de una medida de seguridad, se priorizará la aplicación del control psiquiátrico ambulatorio, en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud, orientado al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales”. A diferencia del Código Penal actual, donde reconoce cuatro tipos de medidas de seguridad y para el caso específicos de las personas inimputables, establece únicamente el internamiento como medida de seguridad. Debemos reconocer también, que se prioriza una atención psiquiátrica ambulatoria antes que un internamiento, sin embargo, tomando en cuenta que la medida de seguridad se aplicará en atención a la peligrosidad del sujeto, es decir que atente contra su vida o la de su entorno, así también, de no contar con los centros especializados/establecimientos especiales, la atención ambulatoria tampoco podría desarrollarse o ser útil del todo. Pero de contar con los establecimientos especiales con los respectivos profesionales en psiquiatría y los insumos necesarios, sería una interesante alternativa para evitar el encierro y aislamiento de aquellos que padecen trastornos o enfermedades mentales.

Es también llamativo que pese a la declaración expresa de los derechos de cada persona insertos en la Constitución Política del Estado<sup>25</sup>, misma que *garantiza* el respeto de estos, el Código de Sistema Penal en su art. 55 (derechos) indica “Las personas sometidas al cumplimiento de una medida de seguridad no pierden sus derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, el Bloque de Constitucionalidad, en las leyes y en este Código. En la aplicación de toda medida de seguridad, se observarán las siguientes reglas: El tratamiento de las personas se realizará en respeto de su dignidad y autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones (...)”.

Otro aspecto notable y ciertamente hemos ido criticando durante el desarrollo del presente artículo, es respecto a la duración en caso de aplicarse el internamiento como medida de seguridad, el Código Penal actual sólo establece una revisión cada 6 meses por parte del juez, mientras el sujeto logre su curación,

24 Los servicios psiquiátricos ambulatorios son tratamientos de salud mental que tienen lugar en un consultorio, hospital o entorno clínico pero que no requieren pernoctar.

25 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Título II, *Derechos Fundamentales y Garantías*.

dejando en el aire el tiempo de duración de la privación de libertad del inimputable. El Código de Sistema Penal en su art. 59 (Internación) señala "...La internación durará hasta que cese la disfunción o desaparezca el peligro, pero no excederá de diez (10) años o el tiempo establecido en la sanción del hecho punible si ésta fuere menor"; el Código de Sistema Penal ha intentado aplicar el principio de legalidad en cuanto a las medidas de seguridad, el tiempo puede ser discutible, sin embargo, no podemos negar que determina un tiempo de duración generando cierta seguridad jurídica, propia de un Estado Constitucional de Derecho.

## V. EL PROCESADO CON ENFERMEDAD MENTAL SE ENCUENTRA EN UN CALLEJON SIN SALIDA: LA CÁRCEL.

En Bolivia, los enfermos mentales que cometen delitos o incluso sin cometer los mismos, son enviados a las cárceles. Aplicando ese sistema monista que referíamos al principio del presente artículo. La prensa ha informado la existencia de enfermos mentales en las distintas penitenciarías del país<sup>26</sup>. Uno de los muchos casos existente, es el de N.U.V., una joven de 29 años que fue enviada a la cárcel y procesada sin que se haya considerado una grave patología mental, por la que recibía tratamiento en el Instituto Psiquiátrico San Juan de Dios desde 2015. Ella fue condenada, y recién después de emitida la sentencia se tomó en cuenta su diagnóstico psiquiátrico: farmacodependencia, trastorno esquizofreniforme por daño encefálico permanente, trastorno límite de la personalidad y disritmia cerebral, disponiéndose la suspensión condicional de la pena; y este es sólo un caso de los muchos que han sido expuestos a lo largo de los años en Bolivia, "De un total de 18.208 ciudadanos que están privados de libertad en las cárceles del país, 2.710 presentan trastornos mentales"<sup>27</sup>.

Si bien, los enfermos mentales que, a causa de sus trastornos o enfermedades mentales infringieron la ley, no son imputables, en Bolivia como bien hemos repetido abundantemente, tienen responsabilidad penal. Ello se ve reflejado en la existencia de enfermos mentales en las distintas cárceles de Bolivia. Ante la existencia de un delito, la única consecuencia jurídica es la cárcel, esto se debe a la falta de establecimientos especiales para el internamiento de personas inimputables. Aspecto que será tratado más adelante.

No deja de ser lamentable la situación de aquellas personas que sufren alguna enfermedad mental que al cometer un delito son imputados, sometidos a un proceso penal y enviados a centros penitenciarios, ignorando su situación de enfermos mentales. No obstante, es más desolador que en Bolivia ya la situación

26 ACHA, G.: *Cárcel para la enfermedad mental*, (2023, 19 de enero), *Opinión*.

27 Dato extraído de: Periódico Erbol, Informe, Régimen Penitenciario: 2.710 reclusos tienen trastornos mentales. 21 de enero de 2020.

de quienes son imputables, con plena capacidad de culpabilidad, es crítica. Las cárceles en Bolivia son un tema de amplio debate y amplia crítica, donde en el caso de quienes cuentan con buena salud mental, al ingresar a una cárcel no logran la rehabilitación esperada y la posterior reinserción a la sociedad, más al contrario, las cárceles en Bolivia generan el estigma de “escuela de delinquentes”. Siendo este el panorama, conviene observar los efectos de la cárcel en los enfermos mentales.

## I. La cárcel y la enfermedad mental.

La cárcel no tiene utilidad alguna en las personas inimputables, sin embargo, debe quedar claro que no se exime de responsabilidad penal a aquel que no comprendió, sino, a quien no pudo comprender. Esto es por demás importante, al dejar a las personas con trastornos mentales en manos de un sistema de justicia penal que tiene como única consecuencia jurídica a la cárcel, resulta no ser útil ni para la sociedad ni para el propio individuo. El hecho de que haya tantos internos con problemas psiquiátricos en las cárceles y que estos no cuenten con tratamiento alguno, es un atentado no solo contra su salud o dignidad, sino también contra su vida.

Desde luego, una cárcel no es el lugar más apropiado para una persona que padece alguna enfermedad mental y que cometió un delito. Al menos, no tal y como están planteadas, ya que no cuentan ni con las instalaciones ni con el personal médico especializado. Las cárceles a menudo carecen de servicios de salud mental adecuados, lo que impide el acceso a diagnósticos precisos y tratamientos especializados para los reclusos con enfermedades mentales. El entorno carcelario puede exacerbar las condiciones mentales existentes, ya que la falta de tratamiento, la sobrepoblación, y el estrés contribuyen al deterioro de la salud mental. Como bien referíamos, tampoco es la más apropiada para una persona sana mentalmente. Entre los problemas que actualmente se tiene en las cárceles de Bolivia, es el hacinamiento; en Bolivia existen 98 establecimientos carcelarios con una población de más de dieciocho mil presos. Los centros penitenciarios presentan una sobrepoblación del 269 por ciento, una de las cifras más altas de la región<sup>28</sup>, en la gestión 2022, se registró una sobrepoblación carcelaria de 188 por ciento, a diciembre de esa gestión la capacidad en las cárceles del país estaba calculada para 8.626 privados de libertad, pero se evidenció la existencia de 24.824 personas privadas de libertad<sup>29</sup>. El hacinamiento es sólo uno de los principales problemas dentro de las cárceles, la falta de clasificación y separación de los reos

28 (2023, 8 de enero). Cárceles de Bolivia: datos y cifras. Opinión.

29 DEFENSORÍA DEL PUEBLO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Informe 2022 MNP – Bolivia: Más de la mitad de los privados de libertad en el país se encuentran bajo detención preventiva, recuperado en 2023 de: <https://www.defensoria.gob.bo/noticias/informe-2022-mnp-boliviama-de-la-mitad-de-los-privados-de-libertad-en-el-pais-se-encuentran-bajo-detencion-preventiva>

en las cárceles genera más delincuencia, misma que no posibilita la reinserción, más al contrario genera reincidencia.

Especialistas en salud mental han referido que los privados de libertad con enfermedades mentales son los más discriminados y abusados en las cárceles, así también han señalado que estos se encuentran sin tratamientos ni medicamentos<sup>30</sup>. Ciertamente, cárcel y enfermedad mental no es una buena combinación, donde el más perjudicado resulta ser quien padece la enfermedad.

La negligencia en la atención a la salud mental también afecta la salud física de los reclusos. Las consecuencias psicológicas y emocionales de enviar a personas con enfermedades mentales a la cárcel pueden ser perjudiciales. La prisión no proporciona el entorno terapéutico necesario y puede empeorar la salud mental de los reclusos. Este aspecto subraya la urgencia de invertir en centros especializados que aborden las necesidades específicas de esta población vulnerable.

No siendo suficiente con padecer un trastorno o enfermedad mental, tiene que cargar con los maltratos, abusos (físicos y sexuales) y discriminación en los centros penitenciarios. Del mismo modo, al no tener un tratamiento especializado respecto a su condición, tienden a empeorar. La criminalización de la enfermedad mental perpetúa estigmas y prejuicios, haciendo que la sociedad vea a estas personas principalmente como delincuentes en lugar de individuos con necesidades médicas.

La falta de recursos y capacitación especializada para tratar a personas con enfermedades mentales dentro del sistema judicial contribuye a una espiral de encarcelamiento que no aborda las raíces del problema. En lugar de recibir atención médica, psiquiátrica y apoyo psicológico, estos individuos a menudo enfrentan situaciones de aislamiento y negligencia. Los tribunales y jueces a menudo carecen de la capacidad para evaluar adecuadamente la salud mental de los acusados, lo que lleva a sentencias injustas e ineficaces. La falta de alternativas a la cárcel para aquellos con enfermedades mentales contribuye a la sensación de desesperanza y abandono en esta población.

## 2. Salud y dignidad, garantía constitucional.

Vivir en un Estado Constitucional de Derecho implica que las leyes y normativas deben estar alineadas con los principios constitucionales. El Derecho Penal, como parte fundamental del sistema legal, debe operar en concordancia con la Constitución para asegurar que las sanciones sean proporcionadas, evitando posibles abusos y garantizando un sistema de justicia equitativo.

---

30 (2023, 25 de agosto). Especialistas: *por abandono estatal, enfermos mentales son los más vulnerados en las cárceles*. ANF. Agencia de Noticias Fides.

Como el Derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho, es un instrumento de respeto a los derechos fundamentales, entonces el Derecho penal es constitucional, pero también tiene que ser científico, tiene que ser racional y profundamente humano, al ser respetuoso de los derechos fundamentales; el Derecho penal, no puede justificar un discurso punitivo exacerbado para desarrollar más ampliamente el poder de castigar que tiene el Estado, al contrario, el Derecho penal es un verdadero dique de contención para evitar la amplificación punitiva porque es un instrumento de respeto de los derechos fundamentales<sup>31</sup>. La Constitución Política del Estado, ha establecido como derechos fundamentales a la salud y dignidad de las personas, en tal sentido, están garantizadas. El art. 15 de la CPE señala que toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física y psicológica, donde nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes; asimismo, en el art. 18 se reconoce el derecho a la salud, el parágrafo II señala "El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas sin exclusión ni discriminación alguna", el art. 22 señala "la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado", así también, el art. 73 indica que "toda persona sometida a cualquier forma de privación de libertad será tratada con el debido respeto a la dignidad humana".

La realidad ya descrita plantea serias preocupaciones en cuanto al respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales de quienes padecen de enfermedades mentales. En primer lugar, la falta de atención adecuada a la salud mental dentro del sistema penitenciario evidencia una negligencia sistemática en la protección de la salud de estos individuos.

La ausencia de instalaciones y profesionales especializados en salud mental en las cárceles contribuye a la vulneración de derechos básicos, ya que estas personas requieren un tratamiento diferenciado y personalizado. La falta de acceso a servicios médicos especializados agrava la situación, afectando directamente su calidad de vida y dignidad. Además, la estigmatización de los enfermos mentales en el ámbito penitenciario puede generar un ambiente propenso a la discriminación, afectando su integridad y aumentando el riesgo de sufrir violencia física o psicológica por parte de otros reclusos o incluso del personal penitenciario. El encierro de personas con enfermedades mentales en condiciones inadecuadas constituye una violación de los derechos humanos, ya que se les niega el acceso a un trato digno y a servicios de salud mental básicos.

---

31 QUENTA FERNÁNDEZ, J.: "La dimensión normológica constitucional del Derecho penal", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 8, núm. 11°, 2019, recuperado en 2024 de: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2413-28102019000200007#:~:text=La%20dimensi%C3%B3n%20normativa%20constitucional%20del,Derecho%20penal%20y%20el%20Derecho](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102019000200007#:~:text=La%20dimensi%C3%B3n%20normativa%20constitucional%20del,Derecho%20penal%20y%20el%20Derecho)



La vida en condiciones de encierro sin un tratamiento adecuado para las enfermedades mentales puede llevar a un deterioro progresivo de la salud mental de estos individuos, intensificando los síntomas y dificultando su rehabilitación. Esto contraviene los principios fundamentales de los derechos humanos, que buscan la preservación de la dignidad y la integridad de todas las personas, independientemente de su condición de salud mental. El incumplimiento de las garantías de derechos también se refleja en la falta de programas de rehabilitación efectivos para estos individuos, privándolos de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad de manera adecuada. La ausencia de estrategias que aborden las necesidades específicas de los enfermos mentales en el sistema penitenciario perpetúa el ciclo de delincuencia y afecta negativamente la seguridad ciudadana.

Asimismo, es crucial destacar la importancia de una perspectiva de derechos humanos en el abordaje de esta problemática, promoviendo la implementación de políticas y prácticas que respeten la dignidad y los derechos fundamentales de los enfermos mentales en cárceles. La falta de medidas eficaces no solo incumple las obligaciones internacionales de Bolivia en materia de derechos humanos, sino que también contribuyen a una situación de injusticia y desigualdad para este grupo vulnerable. En este contexto, la sociedad y las autoridades deben trabajar en conjunto para desarrollar estrategias que aborden la situación de los enfermos mentales en cárceles, asegurando su acceso a tratamientos adecuados, condiciones de vida dignas y programas de rehabilitación efectivos. Solo a través de un enfoque integral y respetuoso de los derechos humanos se podrán superar los desafíos actuales y garantizar un trato justo y humano para esta población en situación de vulnerabilidad.

## **VI. LA INAPLICABILIDAD DEL INTERNAMIENTO EN BOLIVIA. DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN DE PERSONAS INIMPUTABLES.**

En Bolivia, la ausencia de una aplicación generalizada del internamiento como medida de seguridad para personas con enfermedades mentales que han cometido delitos puede deberse a diversos factores. En primer lugar, podría ser resultado de limitaciones en la infraestructura y recursos destinados a la salud mental, lo que dificulta la disponibilidad de instalaciones adecuadas para el tratamiento y la rehabilitación de individuos con trastornos mentales.

Además, la falta de un marco legal integral y específico para abordar este tema podría contribuir a la ausencia de la aplicación sistemática del internamiento. Sin leyes claras que establezcan los procedimientos y criterios para el internamiento de personas con trastornos o enfermedades mentales involucradas en delitos, la toma de decisiones puede ser ambigua y dependiente de la interpretación individual de los profesionales de la justicia y salud. Adicionalmente, la situación económica y social del país podría estar influyendo en la capacidad de implementar programas

efectivos de tratamiento y rehabilitación. Asimismo, la asignación insuficiente de recursos financieros y humanos para abordar adecuadamente las necesidades de las personas con enfermedades mentales podría ser un obstáculo significativo.

En el proceso penal boliviano, no solo se ha dado poca importancia a las medidas de seguridad como consecuencia jurídica de un delito, sino que, centrados en el internamiento como medida de seguridad, hemos denotado ciertas dificultades que impiden la aplicación judicial del internamiento.

En tal virtud hablamos de una inaplicabilidad del internamiento en Bolivia, pese a tener regulado el tema del internamiento dentro del Código Penal boliviano, Código de Procedimiento Penal y Ley de Ejecución Penal y Supervisión; en la práctica, la única respuesta ante la existencia de un delito es la cárcel. ¿Por qué? en este artículo nos hemos referido a la responsabilidad penal del inimputable, pese a la contrariedad que representa esa afirmación, en realidad, llega a ser así. Pero para afirmar que en Bolivia el inimputable tiene responsabilidad penal, existen razones que nos conducen a tal verdad. Las dificultades en la aplicación judicial del internamiento como medida de seguridad y las dificultades en la determinación de personas inimputables dentro del procedimiento penal son el fundamento de aquella responsabilidad penal de aquel que sufre una enfermedad mental.

Como bien hemos referido, en Bolivia, las cárceles se encuentran repletas de personas que sufren alguna enfermedad mental. Estas se encuentran purgando penas y otros se encuentran privados de libertad con detención preventiva. Distintos medios de comunicación escrito han dejado en descubierto dicha realidad y encontramos dos puntos clave para hablar de una *inaplicabilidad* del internamiento como medida de seguridad en el proceso penal boliviano. Estas son: la falta de establecimientos especiales/centros psiquiátricos y la falta de profesionales psiquiatras como peritos para la determinación de personas inimputables.

### 3. Falta de establecimientos especiales.

Uno de los principales problemas a la hora de optar por aplicar la internación del imputado por padecer éste alguna enfermedad mental, es la falta de establecimientos especiales/hospitales o centros psiquiátricos dentro del Régimen Penitenciario. En Bolivia no contamos con suficientes centros de internamiento, sobre todo públicos y dependientes del Régimen Penitenciario; no se tiene hospitales psiquiátricos del Estado. Todo es privado y de convenio.

En la gestión 2022, mediante P.I.E. N° 020/2022-2023<sup>32</sup> la Cámara de Senadores solicitó al Ministro de Gobierno, que por medio del Director de

32 P.I.E. N° 020/2022-2023, PRESIDENTE CÁMARA DE SENADORES, La Paz, 23 de noviembre de 2022 y Cite: MIN. GOB.-DESP/N°0309/2023 (14 de febrero de 2023), recuperado en 2024 de: <https://web.senado.gob.bo/>

Régimen Penitenciario informe una serie de puntos respecto a los privados de libertad que sufren algún trastorno o enfermedad mental dentro de los recintos penitenciarios. En el punto 10 solicitan que se informe si el Régimen Penitenciario cuenta con un Reciento Penitenciario especializado para el tratamiento de personas privadas de libertad que presentan trastornos mentales. A través del Informe DGRP/ASRyRS N° 282/2022 de 02 de febrero de 2022, la Dirección General de Régimen Penitenciario (DGRP) informa lo siguiente: "Por motivos del hacinamiento carcelario que presentan los recintos penitenciarios, no se cuenta con un recinto especializado para el tratamiento y reinserción de las personas privadas de libertad que presentan trastornos mentales/problemas de salud mental"<sup>33</sup>.

En la misma solicitud del Senado, en el punto 11, solicitan informe sobre las gestiones realizadas por el Régimen Penitenciario, para que las personas privadas de libertad con graves trastornos mentales puedan ser trasladados a centros psiquiátricos. En respuesta, la DGRP informa lo siguiente "...se estableció un Convenio entre el Ministerio de Gobierno y Ministerio de Salud, con la finalidad de contar con los profesionales médicos psiquiátricos para su valoración y dependientes del Ministerio de Salud, para su tratamiento psiquiátrico adecuado"<sup>34</sup>. De los escasos centros psiquiátricos del país, los mismos no cuentan con el espacio suficiente. En consecuencia, las personas con trastornos o enfermedades mentales son reenviados a las cárceles.

En Bolivia, la falta de establecimientos especializados dentro del Régimen Penitenciario para aplicar judicialmente el internamiento de personas con trastornos mentales que han cometido delitos plantea diversos desafíos. La ausencia de instalaciones dedicadas a este propósito dificulta la atención y tratamiento adecuado para este grupo vulnerable, que requieren intervenciones específicas para abordar tanto sus condiciones mentales como el posible riesgo que representan para la sociedad. La existencia de convenios con el Ministerio de Salud, la existencia de hospitales psiquiátricos externos al Régimen Penitenciario, ciertamente no resuelven el problema, al no ser exclusivos para quienes cometieron delitos, imposibilita que sean remitidos a dichos centros, ya sea por el espacio o por el costo, dejando como única opción a la cárcel.

La falta de establecimientos especiales en Bolivia para aplicar judicialmente el internamiento de personas con trastornos mentales que han cometido delitos resalta la urgencia de abordar este problema. La creación de instalaciones específicas no solo sería crucial para la seguridad social, sino que también

---

<sites/default/files/peticiones/P.I.E.%20N%C2%B0%20020-2022-2023%20Respuesta.PDF>

33 *IBIDEM.*

34 *IBIDEM.*

garantizaría un enfoque más humano y efectivo en el tratamiento y rehabilitación de estos individuos, promoviendo así una justicia más equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales.

#### 4. Inexistencia de peritos psiquiatras.

Como primer obstáculo para la aplicación judicial del internamiento como medida de seguridad, nos referíamos a la falta de establecimientos especiales; sin embargo, de nada serviría contar con hospitales psiquiátricos o centros especializados dentro del Régimen Penitenciario, si no contamos con profesionales que emitan dictamen respecto a la salud mental de aquel que ha cometido un delito o de quien se encuentra dentro de un proceso penal y así poder ser declarado inimputable.

Para poder aplicar el internamiento como medida de seguridad, previamente debe existir un dictamen que establezca que efectivamente el imputado sufre de alguna enfermedad mental. En razón a ello, referíamos que el Juez no es un experto en el área médica de salud mental; si bien es el Juez quien determina la inimputabilidad y la peligrosidad del imputado, tal decisión será posterior a la existencia de un dictamen emitido por un profesional en psiquiatría.

En un proceso penal, los órganos de persecución penal se encargan de investigar los delitos, y se realizan las pericias necesarias para llegar a la verdad de los hechos. El Instituto de Investigaciones Forenses como institución dependiente del Ministerio Público cumple una función relevante. El IDIF se encarga de realizar todos los estudios técnicos – científicos requeridos por los Fiscales o por autoridades judiciales, con el objeto de coadyuvar prioritariamente en la investigación de los delitos o la comprobación de otros hechos y llegar a la verdad histórica de los hechos<sup>35</sup>. Será entonces el IDIF, una de las instituciones encargadas de realizar el dictamen psiquiátrico necesario para poder determinar la inimputabilidad de una persona que cometió un delito.

De acuerdo con el Informe de la Defensoría del Pueblo, respecto a la intervención en los Institutos de Investigaciones Forenses (IDIF) a nivel nacional en la gestión 2013, en la sección de Recursos Humanos, informó lo siguiente: “Los Institutos de Investigaciones Forenses (IDIF) cuentan con diferentes áreas de trabajo por especialidad, de los 14 institutos verificados 9 cuentan con una sola área; en Cochabamba existe dos áreas (forense y criminalística); en Oruro tres áreas (forense, archivo y evidencias); en Beni tres áreas (tanatología, lesionología y violencia sexual); en Sucre cinco áreas (medicina legal, criminalística, auditoría

35 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FORENSES, *Misión, Visión y Funciones*. Recuperado en 2024 de: <https://www.fiscalia.gob.bo/pagina/instituto-de-investigacion-forense>  
Ley N° 260 Ley Orgánica del Ministerio Público, art. 83.

forense, psicología y laboratorio) y en La Paz cuatro áreas (Laboratorio, medicina forense, criminalística, división de registro y custodia de evidencias)” evidenciándose la inexistencia de la especialidad en psiquiatría a nivel nacional, así también, en las conclusiones y recomendaciones, señaló que “Los IDIF de Llallagua, Potosí, Cochabamba, Yacuiba, Oruro, Caranavi, Beni, Santa Cruz, El Alto, Chapare no cuentan con psicólogos ni psiquiatras forenses, (...) por lo expuesto existe la necesidad de incrementar ítems para médicos forenses, psicólogos y psiquiatras forenses a nivel nacional, que posibilite una atención oportuna y eficiente a la población”<sup>36</sup>.

En la gestión 2023 se envió un oficio al Instituto de Investigaciones Forenses, solicitando información respecto a la cantidad de psiquiatras forenses. A través del CITE: FGE/IDIF/EDLP/MJTC/N°524/2023 de fecha 17 de noviembre de 2023, la encargada de enlace departamental de La Paz del Instituto de Investigaciones Forenses informó lo siguiente: “En la actualidad el Instituto de Investigaciones Forenses a nivel nacional no cuenta con la especialidad de psiquiatría”. Diez años después continuamos con el mismo problema. Ante la inexistencia de peritos psiquiatras, consecuentemente tenemos casos donde se ignora el padecimiento de alguna enfermedad mental de quienes cometieron un delito, siendo considerados personas imputables y con total responsabilidad penal, obteniendo sentencias condenatorias.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Ministerio Público reconoce también al Instituto de Investigaciones Técnico Científicas de la Universidad Policial (IITCUP) para realizar investigaciones científicas dentro de casos penales<sup>37</sup>, sin embargo, dentro de las divisiones que tiene, están: la División Informática Forense, División Biología, División Química, División Balística, División Psicología Forense, División Documentología, División Huellografía, Centro de Investigación Genética, División Planimetría, Fotografía y Dibujo Forense, División Antropología Forense, División de criminología, División de pericias audiovisuales y electrónicos, División de Accidentología, División de Custodia y evidencia, Centro de investigación y capacitación en seguridad Vial y Centro de Investigación de toxicología y sustancias<sup>38</sup>, no contando actualmente con una División especializada en psiquiatría.

Es pues, la psiquiatría como especialidad de la medicina, la más idónea para tratar a los pacientes con patologías o ciertos trastornos mediante fármacos o

36 DEFENSORÍA DEL PUEBLO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Informe Defensorial: Resultado de las verificaciones defensoriales a nivel nacional en los institutos de investigación forense (IDIF), morgues judiciales, laboratorios forenses y Dirección Nacional del IDIF*, gestión 2013. Recuperado en 2023 de: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/informe-idif-a-nivel-nacional-morgues-judiciales-laboratorios-forenses-y-direccion-nacional-del-idif.pdf>.

37 LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, 11 de julio de 2012, art. 83, III.

38 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES TÉCNICO-CIENTÍFICAS DE LA UNIVERSIDAD POLICIAL, recuperado en 2024 de: [http://www.unipol.edu.bo/?page\\_id=268](http://www.unipol.edu.bo/?page_id=268).

terapias que pueden llegar a la reclusión del individuo<sup>39</sup>, mientras que la psicología se enfoca en el desarrollo social de la persona, en su estado anímico o su comportamiento. Es en tal virtud, la importancia de peritos psiquiatras para la determinación de la inimputabilidad de quien quebrantó la norma penal.

La inexistencia de peritos psiquiatras en estos institutos podría relacionarse con la asignación de recursos y prioridades gubernamentales. Si la salud mental y la psiquiatría forense no son consideradas como áreas críticas en la administración de justicia, es probable que la inversión y el desarrollo de peritos en este campo sean insuficientes. Otra razón puede ser la falta de conciencia sobre la importancia de la evaluación psiquiátrica en el proceso judicial. Si las autoridades judiciales no reconocen la relevancia de contar con peritos psiquiatras para determinar la inimputabilidad en casos de enfermedad mental, es probable que no se priorice la incorporación de estos profesionales en los institutos pertinentes. No obstante, aunque es cierto que se permiten valoraciones externas particulares, que luego deberán certificarse por el IDIF; dichas valoraciones que establezcan que una persona sufre algún trastorno o enfermedad mental, no son económicas, siendo discriminatoria cuando se trate de personas de bajos recursos, imposibilitando el tratamiento y diagnóstico adecuado que permita al Juez de la causa establecer la inimputabilidad de una persona.

## VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

La responsabilidad penal del inimputable que padece algún trastorno o enfermedad mental a raíz de la inaplicabilidad del internamiento psiquiátrico como medida de seguridad dentro del proceso penal boliviano se debe a varios factores, sin embargo, cabe destacar tres puntos importantes.

1) La inexistencia de peritos psiquiatras en las instituciones de persecución penal, como ser el Instituto de Investigaciones Forenses (IDIF) y el Instituto de Investigaciones Técnico Científicas de la Universidad Policial (IITCUP), siendo ambas instituciones de vital importancia para un correcto desempeño de los Juzgados, Tribunales de Justicia y Fiscalía General del Estado, en el cumplimiento de sus tareas científico-técnicas; dificulta el poder establecer un diagnóstico temprano de personas con trastornos mentales. De contar con los profesionales en el área de psiquiatría, los administradores de justicia tendrán las herramientas necesarias para establecer la inimputabilidad de las personas con trastornos o enfermedades mentales que cometieron un delito. Aspecto que va de la mano con una justicia gratuita y sin discriminación.

39 UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE VALENCIA, Equipo de expertos en ciencias de la salud: "Diferencia entre psicología y psiquiatría: la guía completa", 2022, recuperado en 2024 de: <https://www.universidadviu.com/es/actualidad/nuestros-expertos/diferencia-entre-psicologia-y-psiquiatria-la-guia-completa>.

2) La inexistencia de establecimientos especiales dependientes del Régimen Penitenciario para personas con enfermedad mental imposibilita la aplicación del internamiento como medida de seguridad para quienes son inimputables. Respecto a este punto, tal como lo establece la Ley de Ejecución Penal y Supervisión, es deber de la Dirección General de Régimen Penitenciario y Supervisión aprobar los proyectos de construcción ante la inexistencia de establecimientos especiales. Al disponer de establecimientos especiales para el internamiento como medida de seguridad, podrán beneficiarse quienes sufren de una enfermedad mental y se encuentran en las cárceles, lugar que no es apto para estas personas y pone en riesgo su salud, vida y dignidad.

3) La falta de protocolos en sede administrativa que permita establecer la condición mental de quienes cometieron un delito. Es imperante la necesidad de incorporar en la normativa penal vigente, un protocolo o procedimiento especializado para las personas que sufren alguna enfermedad mental y que cometieron un delito. El mismo debería incluir el personal capacitado y necesario, así también, debiera contener los plazos específicos para que los peritos psiquiatras otorguen la información que se necesita para las determinaciones que corresponden. La falta de pautas específicas puede llevar a interpretaciones subjetivas y a evaluaciones inconsistentes, lo que afecta a una correcta administración de justicia. Asimismo, debe desarrollarse programas de formación y concientización para profesionales de derecho y profesionales del área de salud mental, con el propósito de mejorar la comprensión de la intersección entre la responsabilidad penal y los trastornos mentales, para así poder mejorar la normativa actual respecto a los inimputables y las medidas de seguridad.

Por otro lado, el legislador boliviano, ha establecido la extensión del principio de legalidad alcanzando a las medidas de seguridad como consecuencia jurídica, por el carácter aflictivo que representa. Opuesto a ello, hemos podido advertir que no se cumple el principio de legalidad en las medidas de seguridad, en su vertiente *nullum medida de seguridad previa lege*, puesto que, conforme al art. 80 del Código Penal boliviano, el internamiento es indefinido. Esta peculiaridad de las medidas de seguridad, afectan en gran manera a quienes tienen una enfermedad mental y que se encuentran en las cárceles. Encontrándose en un callejón sin salida, se vulneran sus derechos y se atenta contra la salud y vida de los mismos. Ciertamente habrá que dar más atención a las medidas de seguridad en Bolivia y darles la regulación que merecen y en respeto a los derechos constitucionales, propio de un Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, la aplicación del principio de proporcionalidad al aplicar las medidas de seguridad es fundamental para evitar que personas con enfermedades mentales tengan restricciones de libertad superiores a los delitos cometidos.

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.

CARBONELL MATEU, J.: "Sobre la Imputabilidad en Derecho Penal español", *Cuadernos de Derecho Judicial. La Imputabilidad en General en el Derecho Penal*, núm. XVII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

JAKOBS, G.: *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

QUENTA FERNÁNDEZ, J.: "La dimensión normológica constitucional del derecho penal", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 8, núm. 11º, 2019.

ROXIN, C.: *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 1997.

VILLAMOR LUCÍA, F.: *Derecho Penal Boliviano Parte General*, 2ª. ed., La Paz Bolivia, 2007.

ZAFFARONI, E.: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZAFFARONI, R. ALIAGA, A. y SLOKAR, A.: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.





NUOVE FORME DI SOGGETTIVITÀ: LE RETI  
ASSOCIATIVE

*NEW FORMS OF SUBJECTIVITY. ASSOCIATIVE NETWORKS*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 474-503*

Agnese  
ALAMANNI

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 20 de febrero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** L'articolo intende prospettare le principali linee di indagine della ricerca in ordine alla figura delle reti associative, studiandone sia i profili teorici e ricostruttivi che le implicazioni applicative.

Partendo dai problemi posti dal fenomeno della pluralizzazione della soggettività giuridica e dallo studio del concetto di rete nel diritto, l'indagine si muoverà, quindi, attraverso l'analisi concreta dell'ampia fenomenologia delle reti associative nell'ambito del Terzo settore con una necessaria ridefinizione e strutturazione delle stesse e con particolare riferimento alle funzioni e attività che le medesime svolgono. L'analisi della disciplina normativa svela molteplici problemi operativi e applicativi che l'interprete è chiamato a dirimere.

**PALABRAS CLAVE:** *Soggettività; riforma Terzo Settore; Enti del Terzo Settore; reti associative; associazioni; no profit.*

**ABSTRACT:** *The article intends to prospect the main lines of investigation of research regarding the figure of associational networks, studying both their theoretical and reconstructive profiles and their application implications.*

*Starting from the problems posed by the pluralization of legal subjectivity and the study of the concept of network in law, the investigation will move, therefore, through the concrete analysis of associative networks in the Third Sector with a necessary redefinition and structuring of the same and with particular reference to the functions and activities that they perform. The analysis of the normative discipline reveals multiple operational and applicative problems that the interpreter is called upon to resolve.*

**KEY WORDS:** *Subjectivity; Third Sector reform; Third Sector entities; associative networks; associations; nonprofit.*

**SUMARIO.- I. LE NUOVE FRONTIERE DELLA SOGGETTIVITÀ: RETI ASSOCIATIVE, ROBOT (INTELLIGENZA ARTIFICIALE), GENERAZIONI FUTURE.- II. EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI SOGGETTIVITÀ GIURIDICA: SUPERAMENTO DEL PRESUPPOSTO 'STRUTTURALISTICO' E CENTRALITÀ DELLA LOGICA FUNZIONALE. RICADUTE IN ORDINE ALLA INTERPRETAZIONE DEL CODICE DEL TERZO SETTORE.- III. LE RETI ASSOCIATIVE: LA FIGURA PREVISTA DAL CTS (ART. 41) E I MODELLI ATIPICI.**

## **I. LE NUOVE FRONTIERE DELLA SOGGETTIVITÀ: RETI ASSOCIATIVE, ROBOT (INTELLIGENZA ARTIFICIALE), GENERAZIONI FUTURE.**

La soggettività giuridica è sempre stata contraddistinta da una spiccata problematicità, riproponendosi con nuovi e ulteriori quesiti quale riflesso dell'evoluzione degli interessi e delle diversificate attività con rinnovate esigenze di protezione<sup>1</sup>.

Il pensiero giuridico ha tradizionalmente ricostruito il concetto di soggetto quale punto di riferimento e 'centro d'imputazione' di diritti e di obblighi<sup>2</sup>, interrogandosi su quali siano gli indici di riferimento che ne possano determinare e identificare la fisionomia e specificarne la funzione, con prevalente riferimento agli 'enti'<sup>3</sup>, sul

- 1 Cfr. ALCARO, F.: "Statica e dinamica nel rapporto tra soggetto e attività: processo di circolarità. Nuove prospettive funzionalisti che", in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 251, il quale evidenzia come sia il destino di tutte le categorie giuridiche quello di vivere una continua crisi della loro configurazione, del loro modo di essere: e questo è abbastanza ovvio. Però riferita al soggetto, la problematicità costante che lo investe ha un significato particolare. Trattare della soggettività lo si può fare da molti punti di vista, essendo molti e diversi i piani di considerazione: lo studio del soggetto ha un valore paradigmatico, introduttivo, in qualche modo unificante del diritto civile. Cfr. anche FORNERO, G.: "Soggetto", in *Diz. fil.*, diretto da ABBAGNANO, N.: 3<sup>a</sup> ed. (aggiornata da G. Fornero), Torino, 1998, pp. 1017 ss.; DAL POZZO, F.: *Soggettività 'naturale' e cognitivismo etico*, Torino, 1991, spec. p. 60 ss.; cfr. anche COTTA, S.: "Soggetto di diritto", in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 1219 ss.; *Id.*: *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, cap. I.
- 2 GALLO, P.: "Soggetto di diritto", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, pp. 577 ss.; PELLIZZI, G.: "Soggettività giuridica", in *Enc. giur.* Treccani, XXIX, Roma, 1993, p. I ss.; per l'inquadramento della problematica della capacità giuridica e del suo rapporto con la soggettività, cfr. il fondamentale contributo di FALZEA, A.: "Capacità", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 8 ss.; cfr. anche FABRICIUS, F.: *Relativität der Rechtsfähigkeit*, Monaco-Berlino, 1963; RESCIGNO, P.: "Capacità giuridica (diritto civile)", in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957, pp. 873 ss.; PIZZORUSSO, A.: "Persone fisiche (artt. 1-4 c.c.)" in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, pp. 1 ss.; MAZZONI, C.M.: "Persone fisiche", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, pp. 379 ss.; di recente, cfr. ALPA, G. e RESTA, G.: "Le persone e la famiglia", I, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2006, pp. 16 ss.
- 3 BASILE, M.: voce "Associazioni non riconosciute", in *Enc. giur. Treccani*, IV, Ed. Enc. it., 1988; BIANCA, C. M.: *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 1990, pp. 291 ss.; FUSARO, AR.: "Le associazioni", in *Gli enti non profit in Italia*, a cura di PONZANELLI, Milano, 1994, p. 39; GALGANO, F.: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, 2a ed., Milano, 1996; PONZANELLI, G.: *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, 2a ed., Torino, 2000; VACCA, B.: *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, Milano, 1999; A. ZOPPINI, *Le fondazioni, dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995. Cfr. anche FUSARO, AR.: "Nome e identità personale degli enti collettivi. Dal «diritto» all'identità uti singuli al «diritto» all'identità uti universi", in *La Nuova giur. Civ. Comm.*, II, 2002, pp. 51 ss.

### • Agnese Alamanni

Assegnista di ricerca con abilitazione scientifica Professore II fascia. Dipartimento di Scienze per l'Economia e per l'Impresa, Università di Firenze. Indirizzo di posta elettronica: agnese.alamanni@unifi.it.

presupposto del carattere 'artificiale' della loro 'soggettività', di contro a quella 'naturale' delle persone fisiche<sup>4</sup>.

Oggi il tema della soggettività è tornato ad essere estremamente attuale, ad esempio con riferimento alle realtà associative multi-livello, in cui si discute dei rapporti associativi interni tra i diversi livelli organizzativi e conseguenzialmente del grado di autonomia delle varie articolazioni in seno all'associazione nonché della possibilità di riconoscere alle stesse una soggettività giuridica, con ogni implicazione in ordine alla responsabilità patrimoniale delle stesse<sup>5</sup>. Difatti, le suddette articolazioni oltre ad essere elementi organizzativi dell'ente potrebbero configurarsi allo stesso tempo quali autonome associazioni e non solo quali meri organi di decentramento interno degli enti da cui dipendono, dotati unicamente di autonomia contabile e amministrativa<sup>6</sup>.

- 4 Cfr., *ex multis*, ALCARO, F.: *Riflessioni critiche sulla soggettività giuridica. Significato di una evoluzione*, in *Studi senesi*, Siena, 1975, pp. 295 ss; BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 187; MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 276. Per una rivisitazione critica dei concetti di soggetto e di persona giuridica, e per una loro distinzione, nel quadro di un orientamento di tipo 'analitico', è da richiamare l'importante opera di ZATTI, P. *Persone giuridiche e soggettività*, Padova, 1975, spec. pp. 162 ss.; cfr. anche, nell'ambito di una riflessione pure di tipo filosofico sul rapporto soggetto-persona, VIOLA, F.: *Dalla natura ai diritti*, Bari, 1997, pp. 327 ss. Cfr. anche BASILE, M., FALZEA, A.: "Persona giuridica (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, p. 234; FALZEA, A.: *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; Id.: "Capacità (teoria gen.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 12; FERRARA, F.: *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923; Id.: "Le persone giuridiche", Torino, 1958, in *Trattato di dir. Civ.*, diretto da F. VASSALLI, a cura di F. FERRARA; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, pp. 586 ss.; Id.: "Il costo della persona giuridica", in *Riv. soc.*, 1968, pp. I ss.; Id.: "Delle persone giuridiche", in *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA - BRANCA, Bologna-Roma, 1969, pp. 54 ss.; Id.: "Delle persone giuridiche", in *Commentario SCIALOJA - BRANCA*, artt. 11-35, 1969, pp. 92 ss.; Id.: "Persona giuridica e no", in *Riv. soc.*, 1971, pp. 50 ss.; Id.: "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", in *Comm. SCIALOJA-BRANCA*, artt. 36-42, 1976; Id.: "Società in generale - Società di persone", in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU - MESSINEO e proseguito da MENGONI, Milano, 1982, pp. 127 ss.; Id.: "Le società e lo schermo della personalità giuridica", in *Giur. Comm.*, 1983, p. 9; Id.: "Associazioni, fondazioni, comitati", in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da GALGANO, Padova, 1987; Id.: "L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta della Cassazione)", in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 365 ss.; Id.: "Persona giuridica", in *Dig. IV*, sezione civile, Torino, 1995, pp. 392 ss.; FROSINI, V.: "Soggetto di diritto", in *Noviss. Digesto*, XVII, 1970, pp. 813 ss.; DE GIORGI, M. V.: "Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni", in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da P. RESCIGNO, 2, I, 1982, p. 399; Id.: "Dalle persone giuridiche agli enti "non profit"", in *Trattato dir. priv.* diretto da RESCIGNO, vol. 2, t. I, Torino, 1999; Id.: "Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali", in *Riv. dir. Civ.*, I, 1999, pp. 287 ss.; Id.: "Le fondazioni", in *Tratt. dir. Priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. 2, t. I, Torino, 1999; Id.: "Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni", in *Riv. dir. Civ.*, 2004.
- 5 In ordine allo studio della ripartizione della responsabilità all'interno delle associazioni multi-livello si veda PETTITI, L.: "Associazioni primarie, secondarie e parallele", in *Studi in onore di P. GRECO*, Cedam, II, 1965, p. 9; GALGANO, F.: "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", cit., pp. 216 ss.; INZITARI, B.: "Associazioni dipendenti, associazioni complesse, associazioni parallele, commissariamento dell'associazione minore ed autonomia dei rispettivi rapporti obbligatori", in *Giur. comm.*, II, 1992, p. 883, e di BIANCA, C.M.: "I gruppi minori e la responsabilità dell'associazione non riconosciuta", in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1326; GILETTA, A.: "La soggettività negli enti associativi multilivello", in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, p. 20563.
- 6 Cfr. FICI, A.: "Le reti associative nella circolare del Ministero del 5 marzo 2021", in *Fondazione Terzjus ETS, Il portale del diritto del terzo settore*, 2021, nota a commento della circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 5 marzo 2021 nella quale si chiarisce che "le singole articolazioni territoriali della rete, qualora costituenti autonomi centri di imputazione di diritti ed obblighi giuridici, concorrono alla determinazione del numero degli ETS utili ai fini del requisito dimensionale della rete", ex art. 41, commi I, lett. a), e 2 del Codice. Con ciò riconoscendo, dunque, che articolazioni territoriali e funzionali di una rete associativa dotate di una autonoma organizzazione possano avere autonoma soggettività giuridica. È necessario, pertanto, indagare in concreto quali siano i criteri per poter attribuire la qualifica di soggetto. L'A. richiama l'ipotesi di una rete associativa che per statuto attribuisca determinati ruoli organizzativi a propri organi interni, in tema ad esempio di ricerca o formazione.

Antiche questioni, di cui parte della dottrina si era occupata definendole 'associazioni dipendenti'<sup>7</sup>, hanno suscitato nuovo interesse con l'emersione e lo sviluppo di nuove realtà associative e la sempre maggiore importanza ricoperta nella nostra realtà socio economica dal Terzo settore<sup>8</sup>; si pensi tra tutte alle varie questioni teoriche sollevate dalle reti associative, pensate dal legislatore quali macro-entità rappresentative di interessi diffusi o di esperienze di partecipazione multiple e simultanee di cittadini in settori di attività d'interesse generale<sup>9</sup>.

All'interno di una logica segnata dal principio di sussidiarietà orizzontale, in cui lo Stato si ritaglia un ruolo integrativo nelle attività di interesse generale gestite dagli enti del terzo settore, si pone il problema di verificare l'effettiva capacità degli stessi di riuscire in maniera non frammentaria ad intercettare la domanda di rappresentanza sociale proveniente dai cittadini<sup>10</sup>.

- 7 Si veda in tal senso GALGANO, F.: *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1996, p. 302, che nell'esame di quei fenomeni associativi che, per specifica disposizione statutaria, aggregano consessi associativi, autonomi sotto il profilo organizzativo ed economico, ha parlato di 'associazioni dipendenti' per indicare quelle associazioni che presentano la peculiarità d'essere autonome associazioni e, al tempo stesso, elementi di organizzazione di un diverso ente. Specificando come il fenomeno si possa presentare sotto due forme diverse: nella forma delle sezioni, territoriali o di categoria, di un'associazione di massa, statutariamente concepite come altrettante associazioni giuridicamente autonome rispetto all'associazione maggiore e nella forma delle associazioni costituite fra dipendenti di un'impresa per la gestione delle attività culturali, ricreative. L'A. Specifica come in entrambi gli ordini di casi si ponga il problema se i vincoli di dipendenza, decisionale od economica, cui queste minori organizzazioni sono sottoposte ne consentano la qualificazione quali associazioni giuridicamente autonome e se esse debbano essere considerate, in ragione di quei vincoli, quali semplici organi di decentramento interno degli enti da cui dipendono, dotati di semplice autonomia amministrativa e contabile.
- 8 Si veda ex multis FUSARO, A.: "Enti del terzo settore. Profili civilistici", in Tratt. CICU, MESSINEO, Milano, 2022, p. 25; FICI, A., ROSSI, E., SEPIO, G., VENTURI, P.: *Dalla parte del Terzo Settore. La Riforma letta dai suoi protagonisti*, Roma, 2020; CONSORTI, P., GORI, L., ROSSI, E.: *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; FICI, A. (a cura di): *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018; CAROLI, M.G. (a cura di): *Secondo rapporto sull'Innovazione Sociale: "Modelli ed Esperienze di Innovazione Sociale in Italia"*, Milano, 2015; DONATI, D.: *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013; MUSELLA, M. (a cura di): *La sussidiarietà orizzontale. Economia, politica, esperienze territoriali in Campania*, Roma, 2013; ZAMAGNI, S. (a cura di): *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011; BOCCACCIN, L.: *Terzo settore e partnership sociali. Nuove pratiche di welfare sussidiario*, Milano, 2009.
- 9 FUSARO, A.: "Per un diritto delle associazioni nel terzo millennio", in *Riv. dir. priv.*, 2002, n. 2, p. 287 il quale evidenzia come la molteplicità di assetti adottabili dalle reti evoca e prosegue l'esperienza delle associazioni complesse e parallele, oggetto di risalente osservazione e sistemazione da parte della dottrina e di sporadica attenzione giurisprudenziale.
- 10 Sul punto cfr. ARENA, G.: "Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo settore", in FICI, A., GALLO, L., GIGLIONI, F. (a cura di): *I rapporti tra pubbliche amministrazioni e terzo settore*, Napoli, 2020, p. 25; LOFFREDO, F.: *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2023, p. 13; GORI, L.: "Il sistema delle fonti", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 15-16, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>; CAPUTI JAMBRENGHI, M.T.P.: *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008, p. 42; FERIOLI, E.: *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, p. 175; MATTIONI, A.: "Le garanzie costituzionali degli enti non profit. Aspetti problematici" in *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Napoli, 2005, pp. 563-564. Cfr. anche SANNA, P.: "Dalla legge di riforma al "Codice del Terzo settore": alcuni profili introduttivi", in *Resp. civ. prev.*, 2018, pp. 2083 ss.; COSTAMAGNA, F.: "The Provision of Social Services in Italy of Social Services in Italy Between Federalization and Europeanization", in NEERGAARD, U., SZYSZCZAK, E., VAN DE GRONDEN, J. W., KRAJEWSKI, M. (a cura di): *Social Services of General Interest in the EU, The Hague*, 2013, pp. 552-553; VECCHIO, G.: "Libertà di iniziativa assistenziale e formazione del concetto di 'sussidiarietà orizzontale' nella giurisprudenza della Corte costituzionale", in RESCIGNO, P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, p. 529, che evidenzia, sulla base anche della giurisprudenza costituzionale, l'esigenza di individuare "schemi omogenei ed espressivi degli elementi di base caratterizzanti dell'intera tipologia della 'classe' di soggetti privati di interesse generale".

Nel quadro di questa relazione collaborativa, le Reti associative potrebbero ricoprire un ruolo di primaria importanza per veicolare le istanze sociali e economiche che gli ETS sono chiamati a fronteggiare.

E sempre nell'ambito del dibattito sulla capacità delle organizzazioni di economia sociale e solidale di favorire la partecipazione della società civile alla produzione e gestione di servizi pubblici, o di interesse generale, e di contribuire alla definizione di nuove politiche di sviluppo orientate a innescare una trasformazione socio-economica che porti al miglioramento delle condizioni di vita delle comunità locali, si pensi alle iniziative e esperienze delle comunità energetiche, delle imprese di comunità e delle comunità intraprendenti<sup>11</sup>.

Tanti fenomeni emergenti offrono un interessante piano di indagine in ordine alle nuove frontiere della soggettività.

Accanto alle reti associative come disegnate dal Codice del Terzo Settore, le esigenze di coordinamento tra vari enti e di propulsione delle attività dei singoli enti che vi confluiscono, potrebbero ben presentarsi in via spontanea fuori anche da specifiche formalizzazioni. La qualifica di soggetto di diritto delle reti associative di cui all'art. 41 del Cts è ovviamente indubbia, ma nondimeno il fenomeno sotteso è fonte di numerose questioni giuridiche per quanto attiene a tutte quelle realtà che non presentano i requisiti, non solo dimensionali, previsti dal Cts e tutte quelle realtà di fatto che possono essere assimilate ad una rete, quale generico fenomeno aggregativo tra più enti.

La realtà è, dunque, estremamente ampia e variegata e in generale si registra una crescente diffusione di strutture organizzative composite, potendosi distinguere tra forme aggregative sorte anche spontaneamente tra più enti tra loro eterogenei ad associazioni cosiddette complesse, formate cioè da associazioni a loro volta composte da altre associazioni o da persone fisiche, che danno vita ad una struttura piramidale, secondo il modello registrato storicamente nei sindacati e le associazioni cosiddette parallele caratterizzate dalla contemporanea partecipazione delle persone fisiche o altri enti ad ogni livello, di base e di grado

<sup>11</sup> Negli ultimi decenni il Terzo settore è in costante espansione e si assiste al proliferare di formazioni sociali che intervengono in molteplici ambiti della vita umana per finalità diverse dalla realizzazione di un profitto e di tipo "altruistico"; Cfr. ex multis FUSARO, A.: "Gli enti del terzo settore", cit. p. 195; DONATI, P.: *Introduzione. Nuovi orientamenti nell'analisi*, cit., p. 13. Si è, difatti, registrato una costante evoluzione in molteplici settori e anche in molteplici tipologie di soggetti che compongono il Terzo settore, in tal senso si veda GORI, L.: *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, pp. 3-4; P. DONATI, *Introduzione*, cit., p. 13; DONATI, P.: "Che cos'è il terzo settore: cultura, normatività, ruolo societario", in DONATI, P. (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996, p. 27; COLOZZI, I.: "La specificità organizzativa dei soggetti di terzo settore: tipi e dinamiche", in DONATI, P. (a cura di): "Sociologia del terzo settore", cit., p. 104; SPASIANO, M.R.: "Enti non lucrativi a rilevanza pubblica", in *Dir. amm.*, 1994, p. 272. La dimensione degli enti che compongono il Terzo settore è altrettanto variabile: si spazia dalle piccole associazioni locali a organizzazioni strutturate a livello nazionale o ultra-nazionale, con migliaia di aderenti, lavoratori, associati, volontari, in tal senso si veda MACCARINI, A.M.: "Le associazioni sociali", in DONATI, P. (a cura di): *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996, p. 125. In generale, sulle "associazioni dipendenti" v. GALGANO, F.: *Le associazioni*, cit., pp. 301 ss.

superiore, in cui si articola l'organizzazione associativa, potendo la ripartizione interna concernere l'ambito territoriale ovvero le categorie o i settori di attività, modello questo invece che è stato recepito tradizionalmente dai partiti politici<sup>12</sup>.

In dette realtà, vi sono una molteplicità di attività riferibili non solo alle strutture di vertice, ma anche a quelle inferiori, che hanno posto la questione della loro imputabilità all'ente centrale o a quello periferico<sup>13</sup>.

La questione della riferibilità di una certa attività si origina spesso dalla necessità di accertamento di responsabilità per i debiti contratti dall'articolazione dell'associazione, dal 'gruppo minore'.

In tale contesto si pongono anche le reti associative, che potrebbero acquisire la forma delle sopra citate associazioni complesse o parallele in cui gli enti associati sono appunto delle articolazioni, oppure di figure aggregative di autonome associazioni che non necessariamente perseguono il medesimo scopo dell'associazione di vertice<sup>14</sup>. Nelle associazioni complesse o parallele, lo scopo perseguito è invece identico e le associazioni sottostanti lo perseguono nell'ambito di più ristrette circoscrizioni territoriali o in rapporto a differenziate categorie di membri o a distinti settori di attività.

Questo polimorfismo organizzativo secondo modelli verticali oppure orizzontali si può, dunque, presentare anche nelle reti associative mediante la riproduzione di una pluralità di livelli (nazionale, regionale, provinciale, locale), o di aggregazioni costituite per aree tematiche o su base territoriale, in cui, rispetto a ciascun livello, può trovare collocazione la funzione di rappresentanza, svolta a cura di quegli enti che, pur caratterizzati da una propria identità rispetto alla rete associativa, ne costituiscono i livelli organizzativi intermedi, a condizione di trovare corrispondenza nel ruolo di rappresentanza sul territorio affidato a tali organizzazioni (territoriali) dallo statuto della rete<sup>15</sup>.

12 Si veda GALGANO, F.: *Le associazioni, le fondazioni*, cit., p. 302. GILETTA, A.: "La soggettività negli enti", cit., p. 20563.

13 GALGANO, F.: *Le associazioni, le fondazioni*, cit., p. 302.

14 Si veda GALGANO, F.: *Le associazioni, le fondazioni*, cit., p. 302. GILETTA, A.: "La soggettività negli enti", cit., p. 20563.

15 In Giurisprudenza, in ordine al riconoscimento della soggettività delle cosiddette articolazioni territoriali e funzionali nelle associazioni complesse, la Cassazione si è espressa in senso favorevole, ove tali organi avessero poteri di autonoma organizzazione e di autonoma gestione delle risorse economiche. Cfr. in tal senso Cass. civ. Sez. I, 10/10/2013, n. 23088, in *Banche dati Juris Data* la quale ha affermato nel caso specifico che "Le associazioni locali di un'associazione avente carattere nazionale (nella specie, la struttura organizzativa regionale di un'associazione sindacale) non sono organi di quest'ultima, ma sue articolazioni periferiche dotate di autonoma legittimazione negoziale e processuale." e anche Cass. civ. Sez. I Sent., 23/06/2008, n. 17028 in *Banche Dati Juris Data* la quale ha statuito che "Le associazioni locali facenti capo ad un'associazione nazionale (nella specie, la federazione provinciale di un partito politico) non sono articolazioni organiche di quest'ultima, con mera rilevanza interna, ma soggetti autonomi dotati di legittimazione negoziale e processuale, onde la legittimazione a resistere nella controversia riguardante la nomina e la revoca dei relativi organi spetta non già all'associazione nazionale, ma a quella locale, cui è astrattamente riferibile la titolarità della situazione soggettiva controversa. (Rigetta, App. Napoli, I



Altro ulteriore fronte di grande attualità è costituito dall'indagine di una soggettività riferibile ai robot<sup>16</sup>, ponendosi fundamentalmente il problema se sia o meno configurabile una *attività giuridica* imputabile ad essi<sup>17</sup> e il necessario adattamento della categoria della soggettività, da assumersi nella sua proiezione operativa e funzionale, individuata in ragione e nei limiti delle funzioni espletate dal robot<sup>18</sup>, dibattito che si è originato anche qui da prospettive e problemi legati alla responsabilità.

Ove il robot fosse dotato di autonomia decisionale ed elaborativa, non la si potrebbe escludere in via di principio, pur dovendosi avere riguardo ad ipotesi di compartecipazione, non potendosi non tener conto della predisposizione dei programmi da parte del suo autore (chi ha progettato o a chi ha dettato le istruzioni e il programma, o di eventuali errori di utilizzazione)<sup>19</sup>.

Il periodo storico nel quale viviamo è dominato dal continuo progresso della scienza, della tecnologia che esige e spinge verso nuove tecniche di tutela giuridica che non possono non prendere le mosse da una riconsiderazione della soggettività<sup>20</sup>. In molti Stati si discute in ordine ad aspetti etici e alle possibili

---

Settembre 2006)". Conformi a questi principi: Trib. Nuoro, 01/02/2011, C.I.A.N. c. Mu.Ma.An.; Trib. Bari Sez. III Sent., 07/09/2009; Lega Nazionale per la difesa del cane c. Am.De.Ca. s.n.c., Trib. Napoli Ord.; 10/05/2006, Napolitano e altri c. F.I.M.M.G.; cass. 2952/2000; Cass. civ. Sez. I, 19/02/1993, n. 2039; Trib. Pavia, 20/11/1990, Jabbar c. Banca prov. Lombarda.

- 16 Cfr., COPPINI, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", in *Pol. Dir.* 2018, p. 713 ss.; RUFFOLO, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano 2017.
- 17 Cfr., in tal senso, COSTANZA, M.: "Imprese robotizzate e responsabilità", in RUFFOLO, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 108 ss.
- 18 Cfr., TEUBNER, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di FEMIA, P., Napoli 2019, pp. 30 ss.
- 19 A testimonianza dell'attualità del dibattito su tali temi si veda anche una risoluzione del Parlamento europeo in ordine alla necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie, cfr. lettera Z. AC. Della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), "*Norme di diritto civile sulla robotica*": "Responsabilità Z. considerando che, grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive -ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti- li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo; che, in tale contesto, la questione della responsabilità giuridica derivante dall'azione nociva di un robot diventa essenziale;  
AA. considerando che l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; che tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente;  
AB. considerando che più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni e omissioni imputabili ai robot, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o le omissioni legate ai robot che hanno causato danni avrebbero potuto essere evitate;  
AC. considerando che, in ultima analisi, l'autonomia dei robot solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e dell'eventuale necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie".
- 20 Si veda anche PIETRZYKOWSKI, T.: "The idea of non - Personal Subjects of law", in A. J. KURKI & T. PIETRZYKOWSKI (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, 2017, pp. 49 ss.

ricadute giuridiche della possibilità di dar vita ad esempio a forme di fusioni tra organismi biologici e sistemi cibernetici, con ogni ricaduta in ordine all'incertezza di una linea di demarcazione tra umano e non umano, naturale e artificiale<sup>21</sup>.

Su tutt'altro versante, anch'esso di grande attualità, si pongono analoghi problemi legati alla riferibilità della soggettività alle future generazioni o addirittura agli enti naturali, come si è registrato in altri ordinamenti<sup>22</sup>. La necessità, sempre più avvertita anche a livello europeo, di orientarsi verso una economia sostenibile, da intendersi quale sviluppo compatibile con la tutela dei valori ambientali e più in generale dei valori della persona, pone all'interprete l'esigenza di valutare quali conseguenze possano derivarne per il diritto privato.

Come noto, lo sviluppo è sostenibile quando possa permettere di soddisfare i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri e come la tutela della salute della persona debba essere intesa non solo nel suo risvolto individualistico, ma essenzialmente collettivo<sup>23</sup>.

21 Si pensi anche al passaggio alla biologia sintetica, supportata dalle nanotecnologie e diretta a verso una creazione di nuovi apparati biologici, che ha fatto iniziare a parlare del passaggio dalla specie umana verso il transumano, si veda in tal senso MIGUEZ NUNEZ, R.: *Le avventure del soggetto*, cit. p. 12. Cfr. anche VIOLA, F.: "Umano e post-umano: la questione dell'identità", in RUSSO, F. (a cura di): *Natura Cultura Libertà*, Roma, p. 94.

22 Si veda in tal senso GAETA, M. C.: "Principio di solidarietà e tutela di nuovi "soggetti" deboli. La Foresta Amazzonica quale soggetto di diritto (sentenza n. 4360/2018 della Corte Suprema di Giustizia della Colombia)", in *Familia*, 2019, reperibile al sito web Gaeta-M-C-Soggetti-deboli\_natura-2.pdf (rivistafamilia.it), la quale evidenzia come nella sentenza del 5 aprile 2018 n. 4360, la Corte Suprema della Colombia abbia riconosciuto alla Foresta Amazzonica la soggettività giuridica e, in quanto tale, le abbia attribuito il diritto di protezione e manutenzione che incombe sui governi del bacino amazzonico, ordinando di intervenire con urgenza per arginare la deforestazione della foresta pluviale. Nel caso di specie i ricorrenti avevano presentato ricorso alla Corte Suprema di Giustizia della Repubblica di Colombia per proteggere il loro diritto di vivere in un ambiente sano, altro al più generale diritto alla vita e alla salute contro, l'incapacità dei governi del bacino amazzonico di fermare la distruzione dell'Amazzonia, che metteva a repentaglio il loro futuro e violava i loro diritti costituzionali e che quelli delle future generazioni. Sul punto la Corte Suprema, ha precisato che - in applicazione del principio di solidarietà - lo Stato colombiano ha la responsabilità di proteggere la Foresta Amazzonica al fine di non arrecare danno agli abitanti del territorio amazzonico e alle sue future generazioni. L'Autrice afferma come appaia chiaro che a parere della Corte, la Colombia non sia ancora efficacemente intervenuta per la tutela della Foresta Amazzonica e che la tutela dell'ambiente debba essere considerato uno dei capisaldi dello Stato sociale di diritto, da proteggere contro eventuali turbative o limitazioni. Si veda, altresì, della stessa autrice M. C. GAETA, *Il problema della tutela giuridica della natura: un'analisi comparata tra Italia e Stati dell'America Latina*, in *Nuovo diritto civile*, 2020, p. 313 ss. Cfr. anche SANDY, M.: "The Amazon is completely lawless: the Rainforest after Bolsonaro's first year", in *The New York Times*, 5 dicembre 2019, accessibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2019/12/05/world/americas/amazon-fires-bolsonaro-photos.html>, in cui viene posto il problema dell'effettività del diritto, in assenza del quale l'Amazzonia rischia di divenire un territorio privo di tutela legislativa; ESTUPIN ACHURY, L., STORINI, C., MARTINEZ DALMAU, R., DE CARVALHO DANTAS, F. A.: *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, 2019; MACÍAS, L.F.: "¿Qué significa que la Amazonia sea un sujeto de derecho?", in *Revista Colombia Amazónica*, 2018, pp. 103 ss.; ALVAREZ RONDON, C.C.- CALVO CARO, M.L.: *Ecosistemas como sujeto de derechos en Colombia: estudio de caso Amazonia, Río Atrato y Páramo de Pisba*, in *Políticas ambientales de la Escuela Superior de Administración Pública*, 2018; OLIVA, S. D.: "La gestione sostenibile delle risorse naturali nell'Amazzonia sud occidentale di Perù, Brasile e Bolivia: la necessità di una politica integrata verso un "diritto amazzonico"", in *Riv. giur. ambiente*, 2004, pp. 975 ss.

23 Sulla distinzione tra 'sostenibilità' e 'sviluppo sostenibile' cfr. BOSSELMANN, K.: *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Londra, 2008, p. 27.

È di tutta evidenza, pertanto, come la tutela dell'ambiente e la responsabilità intergenerazionale siano due temi strettamente connessi: il concetto di generazioni future ha assunto, difatti, una crescente rilevanza anche all'interno del nostro ordinamento, e sta ricoprendo progressivamente un ruolo sempre più importante in questo processo di ripensamento del diritto privato in ragione delle logiche di uno sviluppo sostenibile<sup>24</sup>.

In tal senso è sempre più avvertita l'esigenza di inserire una prospettiva intergenerazionale nell'elaborazione dei modelli di tutela civile, partendo da un ripensamento dei suoi modi e forme che tenga conto di istanze sociali che superino la dimensione temporale della attualità, riflettendosi sul futuro e che siano finalizzate a garantire la conservazione se non addirittura proprio la sopravvivenza delle condizioni minime vitali di abitabilità del pianeta terra<sup>25</sup>.

È da tempo che la dottrina si interroga circa la configurabilità di una tutela di natura giuridica a favore di chi "ancora" non esiste, e del resto l'importanza e la centralità del tema è testimoniato anche dal dialogo instaurato negli ultimi anni tra Corte Costituzionale e legislatore da cui emergono elementi a sostegno di un fondamento giuridico di una tale tutela. Si pensi ad esempio alla sentenza n. 18 del 2019 Cort. Cost., nella quale l'"equità generazionale" viene assunta a principio, invocabile quale parametro di legittimità costituzionale. O, anche, alle recenti modifiche degli artt. 9 e 41 della carta costituzionale che, introducendo la tutela dell'ambiente nelle loro previsioni, hanno mirato a dare articolazione al principio della tutela ambientale<sup>26</sup>.

Se l'istanza di prospettare una tutela giuridicamente fondata è di tutta evidenza, sono assai più incerte le modalità attraverso le quali poterla realizzare:

- 24 Cfr. MIGUEZ NUNEZ, R.: *Le avventure del soggetto*, cit. p. 13, il quale evidenzia come certe "cose", come gli animali e l'intera natura ricevono uno statuto giuridico proprio e differenziato dal resto degli oggetti di proprietà, mentre i richiami costanti in diritto ambientale e internazionale ai doveri nei confronti delle generazioni future prospettano il tema della relativa soggettività e della giustiziabilità dei loro diritti. Cfr. anche PISANO, A.: voce "Generazioni future", in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, Napoli, 2013, pp. 528 ss.; ABBESCIA, M.: *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, costituzione e responsabilità tra generazioni*, in Bifulco - D'Aloia (a cura di) *Un diritto per il futuro, Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, pp. 161 s.
- 25 Cfr. PORENA, D.: *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, p. 155 ss. il quale evidenzia come la stessa Costituzione italiana conteneva già un riferimento implicito alle generazioni future. Senza pretesa di esaustività, si pensi allo stesso art. 9 Cost. che ha "svolto un importante ruolo di apripista". Anche altri principi fondamentali della Costituzione italiana possono essere interpretati nella chiave prospettica offerta dalla questione intergenerazionale. Alla stessa nozione di "popolo" dell'art. 1 Cost. può in qualche modo ricondursi il concetto di generazioni future.
- 26 Cfr. CASSETTI, L.: "Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?", in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021; ASVIS, "Le future generazioni fanno il loro ingresso nella Costituzione", in *Asvis.it*, 20 Maggio 2021 (<https://asvis.it/notizie-sull-alleanza/19-9822/le-future-generazioni-fanno-il-loro-ingresso-nella-costituzione-#>). Si veda anche Nicotra, I.A.: "L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid", in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021, p. 2, il quale evidenzia come l'inserimento delle future generazioni, in collegamento alla tutela ambientale, nell'art. 9 Cost. e nei principi fondamentali sembra porre -una volta per tutte- il tema della crisi ambientale come elemento strutturale, anche in ambito costituzionale.

è evidente, infatti, come non sia agevole ipotizzare la tutela di diritti o interessi di soggetti ancora non esistenti, dal momento che le categorie del diritto e più in generale l'esperienza giuridica si esauriscono in una dimensione temporale e spaziale determinata.

Uno dei nodi teorici più rilevanti attiene, difatti, all'inquadramento giuridico della categoria delle generazioni future e all'individuazione di quali situazioni giuridiche siano configurabili nei loro confronti o a loro favore<sup>27</sup>. È indubbio che le generazioni presenti abbiano un dovere nei loro confronti, ma è la qualificazione del suddetto dovere ad essere di difficile inquadramento: se si tratti di un mero dovere morale, etico-politico, o un dovere che possa avere delle conseguenze giuridiche attuali sui comportamenti e le scelte del presente, e che possano assumere contenuti vincolanti.

La riflessione su questi temi mette bene in luce come la teoria generazionale possa avere un grande impatto sull'evoluzione delle categorie giuridiche.

Nel tentativo di individuare i confini e contenuti di queste "nuove responsabilità", il discorso non può non prendere le mosse da una rimediazione della soggettività giuridica per affrontare le trasformazioni sociali ed ecologiche e dare risposta alle nuove istanze della società<sup>28</sup>.

Questo veloce richiamo a nuovi fenomeni emergenti evidenzia la necessità di un generale ripensamento delle categorie classiche del diritto civile aprendo nuovi orizzonti di sistemazione teorica e di feconde applicazioni, specie in ordine alla indagine di una pluralità di statuti della soggettività da elaborare in chiave evolutiva individuando gli indici funzionali di conformazione del 'soggetto' al fine di poterli ricercare nei casi sopra menzionati; d'altronde il soggetto è "il punto di convergenza di tutti i fenomeni giuridici"<sup>29</sup>.

L'importanza dello studio della categoria della soggettività risiede, dunque, nell'esigenza di un suo continuo ripensamento e riadattamento alle nuove figure emergenti dalla prassi, che lo rende sempre attuale e centrale<sup>30</sup>. E ancora oggi

27 Cfr. BARTOLUCCI, L.: "Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale", in *Osservatorio Costituzionale Aic*, 2021, p. 212 ss.; BIFULCO, R.: *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 122; GROPPI, T.: "Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016.

28 In dottrina è stato evidenziato come la questione dei nuovi soggetti rappresenti oggi un interessante terreno di dibattito non solo in ambito giuridico, ma anche e soprattutto in ambito etico e politico, al punto che uno dei nuovi 'temi' potrebbe consistere nel tracciare una linea di confine tra le persone e le non-persone; cfr. MIGUEZ NUNEZ, R.: *Le avventure del soggetto*, Milano-Udine, 2018, p. 13 e MATAMBANADZO, S.: "Embodying Vulnerability: A Feminist Theory of the Person", in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2012, pp. 45-83.

29 FALZEA, A.: *Il soggetto nel sistema*, cit., p. 78.

30 In tal senso cfr. FALZEA, A.: *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939 il quale evidenzia come "tutto il processo di attuazione del diritto è subordinato all'intervento del soggetto, il quale con la

l'individuazione dei criteri in forza dei quali si possa attribuire qualificazione giuridica di soggetto di diritto alle nuove fenomenologie è oggetto di dibattito.

E dunque, ad una articolazione periferica di una associazione, alle future generazioni o ad un robot è attribuibile la qualificazione di soggetto di diritto? Chi è soggetto di diritto oggi, qual è il criterio che lo individua e qual è l'evoluzione storica del concetto di soggettività? Sono questi gli interrogativi a cui il giurista è chiamato a dare risposte che tengano conto di un suo necessario adeguamento e riadattamento alle attuali istanze.

## II. EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI SOGGETTIVITÀ GIURIDICA: SUPERAMENTO DEL PRESUPPOSTO 'STRUTTURALISTICO' E CENTRALITÀ DELLA LOGICA FUNZIONALE. RICADUTE IN ORDINE ALLA INTERPRETAZIONE DEL CODICE DEL TERZO SETTORE.

Da un punto di vista filosofico, è noto come il soggetto sia stato definito, in una varietà di formulazioni, come *'ciò a cui si attribuiscono qualità'*, *'di cui si predica qualcosa'*, e l'oggetto come ciò che sta davanti, che si oppone, per cui nell'idealismo tedesco dell'ottocento, a compimento del processo di capovolgimento del significato originario, aristotelico, dei due concetti si afferma la tradizione per cui il soggetto è adoperato per designare la coscienza e il pensiero, e l'oggetto passando perciò ad indicare la realtà che esiste in sé<sup>31</sup>.

Il pensiero giuridico ha ormai superato le concezioni negative che pur sono state sostenute sul piano filosofico, si vuole qui richiamare le tesi negazioniste del 'soggetto', sia di quelle espressive della figura soggettiva quale 'limite del mondo'<sup>32</sup> sia di quelle secondo le quali le espressioni "persona" e "personalità giuridica" si

---

sua nascita ha provocato la prima e fondamentale realizzazione di una norma giuridica e che, con la sua multiforme vita di relazione, determina ad ogni istante il concretizzarsi di norme astratte del diritto". MIGUEZ NUNEZ, R.: *Le avventure del soggetto*, Milano-Udine, 2018, p. 10 evidenzia come la soggettività sia un riconoscimento formale da parte dell'ordinamento giuridico, ma abbia anche una portata simbolica, dal momento che essa riflette le scelte di ordine morale e politico di ogni società. Tale per cui possa affermarsi che il soggetto giuridico non sia uno strumento neutrale, dal momento che l'astrazione che riverbera è necessariamente colma di plurimi fattori sociali.

- 31 Cfr. ex multis FORNERO, G.: voce "Soggetto", in *Dizionario di Filosofia* di ABBAGNANO, N., 3<sup>a</sup> ed., Torino 1998 (aggiornata da G. FORNERO), p. 1017 ss.; DAL POZZO, F.: *Soggettività 'naturale' e cognitivismo etico*, Torino 1991, specialmente pp. 60 ss.; cfr. anche COTTA, S.: voce "Soggetto di diritto", in *Enc. dir.*, XLII, 1990, pp. 1219 ss.; ID.: *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano 1997, cap. I; ALCARO, F.: "Attività e soggettività: circolarità funzionale", in *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 883 ss.
- 32 Cfr. FORNERO, G.: *Soggetto*, cit., pp. 1019-1020; WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus logico-philosophicus*, 1922, trad. it. a cura di A. Conte, Torino, 1964, proposiz. 5, p. 632; AYER, A. J.: *Il concetto di persona e altri saggi*, trad. it., Milano, 1966, nel senso di una non preesistenza di strutture logiche rispetto alla conoscenza; una critica radicale è contenuta anche nella dottrina normativistica kelseniana, per la quale il soggetto è un espediente per rappresentare il centro di riferimento e l'unificazione di un insieme di norme da applicare alle azioni di un individuo (KELSEN, H.: *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 9 e 193); in questa direzione cfr. anche IRTI, N.: "Sul concetto di titolarità", in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 501 ss.; ID.: *Due saggi sul dovere giuridico (obbligatorietà)*, Napoli, 1973, p. 9; per l'identificazione di un sistema senza soggetto, cfr. anche LUHMANN, N.: *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978; ID.: *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, pp. 117 ss., a proposito del raccordo tra diritto soggettivo e soggetto, nella costruzione dei concetti giuridici.

risolverebbero in una superfetazione, dal momento che in nulla si diversificano dai doveri e dai diritti imputati ad un'entità soggettiva<sup>33</sup>. Secondo la teoria kelseniana, di stampo normativistico, "la persona fisica o giuridica che ha doveri giuridici e diritti soggettivi, è questi doveri e questi diritti soggettivi, è cioè un complesso di doveri giuridici e di diritti soggettivi, la cui unità si esprime in modo figurato nel concetto di persona. La persona è soltanto la personificazione di questa unità"<sup>34</sup>.

In questa sede non è possibile ripercorrere l'evoluzione del pensiero giuridico sul tema, ma è opportuno quantomeno accennare seppur velocemente alle principali tappe, evidenziando innanzitutto come sia nozione ormai pacificamente acquisita che la soggettività rappresenti non la mera riproposizione di un dato naturalistico<sup>35</sup>, ma una qualificazione giuridica attribuita dall'ordinamento in funzione dei valori e delle esigenze che l'ordinamento giuridico si prefigge di tutelare<sup>36</sup>, sancendo così il superamento anche di una impostazione della soggettività che risentiva delle influenze della teoria della fattispecie, per effetto della quale la rilevanza giuridica si risolverebbe nel mero riconoscimento formale della norma<sup>37</sup>.

Secondo questa impostazione la fattispecie soggettiva sorgerebbe in virtù di una forza genetica extra-giuridica riconosciuta dalla norma di qualificazione e il

33 Cfr. per una analisi delle varie concezioni, BARCELONA, P.: *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, pp. 76 ss.

34 Dal concetto di 'soggetto di diritto' va invero adeguatamente distinto quello di 'persona', esprimendo il soggetto un'esigenza di strutturabilità e unità organizzativa dello stesso ordinamento giuridico, che deve inevitabilmente riferirsi a centri di imputazione delle diverse situazioni giuridiche, là dove l'idea di persona tout court suppone un riferimento alla condizione umana nella sua complessa articolazione esistenziale e sociale. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 9 e 193

35 ALCARO, F.: "Attività e soggettività", cit., p. 883, il quale evidenzia come l'imputazione soggettiva non può più risolversi solo nello statico riferimento di un attributo 'dato' ad un'entità (il soggetto); e anche se ciò può forse apparire smentito con riguardo alla persona fisica, considerata dal punto di vista della sua originarietà naturale e della sua qualità di 'persona', quale valore in sé sul piano della civiltà giuridica, ove lo si volesse racciardare con il concetto tecnico di capacità giuridica, come risultante ex art. 1 c.c., se ne desumerebbe parimenti, pur se implicitamente, e con intendimenti ricostruttivi, un quid funzionale e complesso e non un mero attributo. Si pensi solo alla problematica della capacità del nascituro (o del concepito), alle questioni più attuali poste dall'embrione o dal feto per apprezzare la modalità relazionale -non scontata- del soggetto in rapporto alla posizione assunta (o attribuita) in seno all'ordinamento giuridico. Cfr. anche ALPA, G.: "Le persone fisiche", in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, pp. 7 ss.; la nozione di "capacità giuridica" è, com'è noto, fatta risalire a THIBAUT, A.F.J.: *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1803, par. 189, p. 141.

36 Il riferimento stesso all'elemento strutturale della nascita (e anche in tal senso par. I BGB) più che a quello di 'ragione e volontà' del soggetto, autore dell'esperienza giuridica, pur sempre identifica dimensioni e soglie da utilizzare in chiave funzionale ai fini della costruzione del concetto di capacità giuridica<sup>2</sup> e di agire, concetto la cui astrattezza dipende essenzialmente dalla scelta a monte dell'assunzione di un punto di riferimento costante: la nascita e il raggiungimento della maggiore età, riguardati come dati neutri, obiettivi e fissi. Ma appena -al di là delle evidenti sottostanti esigenze sistematiche- si pone mente alla individuazione e interpretazione di quei dati, ci si avvede che la loro oggettiva costanza esprime solo la continuità del riferimento ad un presupposto formale, convenzionalmente adottato, ma non contenutisticamente invariabile e assoluto, anzi suscettibile di apprezzamento diversificato, si veda in tal senso MAGNI, C.: "Soggetto e persona nel diritto", in *Studi in onore di Del Giudice*, II, Milano, 1953, pp. 30 ss.; cfr. anche ZATTI, P.: "Verso un diritto per la bioetica; risorse e limiti del discorso giuridico", in *Riv. dir. civ.* 1995, I, p. 50 ss.; ALPA, G.: "Le persone fisiche", in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, pp. 7 ss.; la nozione di "capacità giuridica" è, com'è noto, fatta risalire a Thibaut, A.F.J.: *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1803, par. 189, p. 141.

37 La rilevanza così intesa costituirebbe il criterio deterministico di quella distinzione fondamentale e la posizione generale della fattispecie nella fenomenologia giuridica si risolverebbe in una particolare relazione intercedente tra il fatto e le conseguenze giuridiche. Cfr. FALZEA, A.: *Il soggetto*, cit., p. 30.

riconoscimento della soggettività sarebbe dipendente dalla sua struttura non solo perché la definizione degli elementi dei quali risultano costituiti i soggetti giuridici reagisce sulla individuazione del carattere che il diritto ad essi conferisce nei confronti delle altre fattispecie, ma anche perché soltanto l'indagine sulla struttura può condurre a determinare l'elemento formale in base al quale si può stabilire la posizione del soggetto<sup>38</sup>.

Invero, si è evidenziato come ogni operazione di configurazione giuridica nell'ambito di un ordinamento, si giustifica solo nel quadro di una visione dinamica della realtà che si modella e muta incessantemente sotto la spinta di azioni e di forze aspiranti ad un intreccio sempre nuovo e dialetticamente vivo delle componenti operanti in una dimensione sociale<sup>39</sup>.

Struttura e funzione non sono termini che esprimono momenti autonomi e isolabili, ma sono correlativi, si presuppongono e chiariscono a vicenda<sup>40</sup>. In questo senso, è ormai acquisita la consapevolezza che la struttura non possa essere separata dalla funzione, che è attività non concepibile senza una idonea composizione di elementi che la renda possibile. Il profilo funzionale potrà così essere utilizzato come criterio di distinzione e il riferimento alla categoria del soggetto dovrebbe essere impostato sul suo profilo funzionale e sulla sua concreta significatività dal punto di vista degli interessi emergenti nell'ordinamento.

Il discorso sulla funzione permette all'interprete di superare un criterio di attribuzione della soggettività legato alla sfera dell'essere o della natura, ancorandolo invece al criterio

unitario della funzione determinante il momento giuridico.

Oggi si tende a promuovere una prospettiva funzionale per valutare la conformazione del soggetto, non più mero (e solo) centro di imputazione, ma referente dinamico dell'attività: si conviene così sulla inconfigurabilità di un'autonoma disciplina della soggettività in generale per accedere ad una dimensione funzionale del soggetto, che si declinerebbe in ragione della concreta ed effettiva attività espletata. Dunque, la soggettività va scomposta e specificata nella pluralità di quelle proiezioni -non solo economiche- dalla cui configurazione muove il processo di identificazione e di qualificazione del soggetto stesso<sup>41</sup>.

Queste considerazioni risultano, invero, non così scontate nello studio della normativa del Terzo settore, che tende nella sua applicazione operativa a far

38 FALZEA, A.: *Il soggetto*, cit., p. 40.

39 ALCARO, F.: *Riflessioni critiche sulla soggettività giuridica*, cit., p. 309; *Id.*: *Attività e soggettività*, cit., p. 883.

40 ROMANO, F.: *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, 1967, pp. 226 ss.

41 ALCARO, F.: *Attività e soggettività*, cit., p. 887.

invece coincidere 'l'orizzonte dell'esistente' con i perimetri tracciati nel Codice del terzo Settore.

Questa è una tendenza pericolosa e fuorviante da respingere recisamente, poiché il Cts è ben lontano dall'individuare tutti i soggetti operanti nel mondo del Terzo settore, ovvero tutte quelle organizzazioni private che, anziché perseguire interessi privati, perseguono "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale"<sup>42</sup>.

Di questo complesso di soggetti "terzo" sia rispetto ai soggetti pubblici, che perseguono interessi pubblici individuati dalle leggi, sia rispetto ai soggetti privati, che perseguono interessi privati da essi stessi liberamente individuati, solo una parte hanno la qualifica di enti del Terzo settore ai sensi del Cts, in forza della quale possono beneficiare di una disciplina premiale.

Questo dato nello studio delle reti associative è di assoluto rilievo, poiché se è scontato che le reti associative iscritte al RUNTS siano soggetti di diritto, lo stesso automatismo non può dirsi per tutte quelle forme aggregative più o meno strutturate che gravitano nel mondo del Terzo settore e che applicando una rigida impostazione di stampo normativistico non avrebbero soggettività giuridica, essendo questa misurabile in termini schematici ed esaurienti in un dato formale.

Inoltre, si discute, come visto, anche della soggettività degli organi territoriali e funzionali delle reti associative e in che misura possano essere qualificati quali soggetti.

### III. LE RETI ASSOCIATIVE: LA FIGURA PREVISTA DAL CTS (ART. 41) E I MODELLI ATIPICI.

Le reti associative sono disciplinate nel Cts all'art. 41, tra gli enti del terzo del terzo settore<sup>43</sup>, quali soggetti collettivi strutturati in forma di associazione di secondo livello che associano, direttamente o indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti<sup>44</sup>, un numero non inferiore a 100 enti del Terzo settore, o, in

42 Cfr. CTS, art. 4, comma 1.

43 Ai fini dell'acquisto della qualifica di ETS è necessario che la rete associativa proceda ad iscriversi nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS), composto da 7 sezioni, nell'apposita sezione.

44 In ordine alla interpretazione della categoria della 'adesione' alla rete associativa non vi è unanimità di vedute in dottrina. Dalla lettera dell'art. 41 Cts e dal d.m. 15 settembre 2020, parrebbe emergere che la consistenza minima della rete associativa ai fini dell'iscrizione della medesima nella sezione "e" del RUNTS potrebbe risultare anche da un'attestazione di adesione alla rete rilasciata dal rappresentante legale dell'ente affiliato alla medesima e da una corrispondente indicazione fornita dalla rete associativa in merito agli enti ad essa aderenti. Pertanto, sembrerebbe potersi affermare che per aderire ad una rete non occorra essere formalmente associati alla rete, sicché tra gli enti aderenti ad una rete che concorrono a formare la consistenza minima di cui all'art. 41, commi 1, lett. a), e 2, del Codice, potrebbero anche figurare enti non associati alla rete bensì soltanto ad un ente che sia, esso sì, associato alla rete. Con la



alternativa, almeno 20 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno cinque regioni o province autonome<sup>45</sup>.

È, inoltre, prevista anche una ulteriore tipologia di rete associativa di rilievo nazionale, qualora associ, anche indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero non inferiore a 500 enti del Terzo settore o, in alternativa, almeno 100 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno dieci regioni o province autonome<sup>46</sup>.

Il Cts ha dunque previsto un limite dimensionale specifico, che ove non venga raggiunto, preclude alla rete associativa di acquistare la qualifica di ente del terzo settore, con la conseguenziale esclusione dal perimetro di applicazione della disciplina premiale del codice.

Sebbene le reti associative siano un fenomeno organizzativo, istituzionale e sociologico già ampiamente diffuso, in precedenza il legislatore le aveva isolate e richiamate solo ad esempio nella legge sulle cooperative sociali, all'art. 8 della legge n. 381/1991 o nella legge sulle associazioni di promozione sociale all'art. 7 della legge 383/2000<sup>47</sup>.

La "rete", quale pluralità di soggetti giuridici avente i requisiti sopra evidenziati che instaurano fra di loro un rapporto giuridico, è stata pensata dal legislatore della riforma nei termini di ente rappresentativo di interessi diffusi e di momenti di aggregazione in settori di attività d'interesse generale, con funzioni di promozione e supporto, nonché di coordinamento e di rappresentanza degli enti che vi

---

conseguenza che vi sarebbe, dunque, una distinzione tra enti associati diretti e enti "aderenti (o affiliati) ad una rete" che sarebbero appunto associati indirettamente. Se così non fosse, infatti, non solo sarebbe priva di senso la formula "anche indirettamente" di cui all'art. 41, commi 1, lett. a), e 2, ma sarebbe altresì priva di utilità concreta il meccanismo di attestazione e dichiarazione che il d.m. 15 settembre 2020 richiede ai fini del conteggio: sarebbe infatti stato sufficiente richiedere alla rete la produzione del proprio libro soci aggiornato.

- 45 L'art. 41 del Codice individua la nozione di "Reti associative", inserendo un'apposita sezione dedicata ad esse, in attuazione di quanto previsto nell'art. 4, comma 1, lett. p) della Legge n. 106/2016 (Delega al Governo per la Riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale).
- 46 Le associazioni del terzo settore formate da un numero non inferiore a 100 mila persone fisiche associate e con sedi in almeno 10 regioni o province autonome sono equiparate alle reti associative nazionali ai fini di cui all'articolo 59, comma 1, lettera b). Ciò è stato chiarito anche in una circolare ministeriale, cit., nella quale in merito alla composizione ed organizzazione delle reti associative, dopo aver chiarito che - in virtù del rapporto di specialità istituito dall'art. 41, comma 6, del Codice- le reti associative della protezione civile di cui all'art. 33 del d.lgs. 1/2018 (iscritte nell'Elenco nazionale del volontariato di protezione civile di cui all'art. 34 del medesimo decreto legislativo) possono iscriversi nella sezione "e" del RUNTS anche se in possesso dei minori requisiti dimensionali per loro previsti dal d.lgs. 1/2018.
- 47 FUSARO, A.: "Enti del terzo settore. Profili civilistici", in *Tratt. CICU*, MESSINEO, Milano, 2022, p. 190; Id.: Gli enti del terzo settore nel codice introdotto dalla riforma, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, p. 860.; CONSORTI, P., GORI, L., ROSSI, E.: *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2<sup>a</sup> ed., 2021, pp. 95 ss.; D'AURIA, M.: "Le reti associative nel Codice del Terzo Settore", in *Ianus*, n. 17, 2018, p. 32; PONZANELLI, G.: "Terzo settore: la legge delega di riforma", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 726 ss.; si veda anche CAFAGGI, F., IAMICELI, P. (a cura di): *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2009; CAFAGGI, F., IAMICELI, P., MOSCO, G. D. (a cura di): *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012.

aderiscono<sup>48</sup>, nonché eventualmente di sorveglianza nei confronti della governance degli enti associati e di controllo<sup>49</sup>.

Queste sono le due principali funzioni evidenziate nel Cts, che all'art. 41 caratterizza le Reti associative, da un lato, per lo svolgimento di "attività di coordinamento, tutela rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore e delle loro attività di interesse generale", dall'altro, in via che parrebbe eventuale ed ulteriore rispetto all'attività statutaria tipica, "anche (per) lo scopo di promuoverne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali"<sup>50</sup>.

Già da una veloce lettura delle norme del Cts dedicate alle reti associative emerge chiaramente come il legislatore abbia individuato in questi enti la tipologia ideale per il perseguimento del principio di sussidiarietà orizzontale, attribuendogli un ruolo chiave.

La Legge n. 106/2016 chiedeva una valorizzazione delle reti associative attraverso l'assegnazione di compiti apprezzabili sotto differenti profili organizzativi, di promozione, di sostegno, di controllo ed autocontrollo, con l'obiettivo di cercare di assicurare l'effettiva capacità per gli Ets di essere interpreti stabili delle istanze dei cittadini sia come singoli che come associati, così da realizzare in concreto quelle attività di interesse generale, lasciando lo Stato ad operare con un ruolo secondario<sup>51</sup>.

La sfida che le Reti associative dovranno, dunque, raccogliere è quella della capacità di rinnovarsi e di strutturarsi non dimenticando che taluni

---

48 Proprio in ragione di tali funzioni il Cts prevede che le Reti associative possano promuovere partenariati e protocolli di intesa con le Pubbliche amministrazioni e con i soggetti privati.

49 Le reti associative, definite nazionali, possono esercitare, oltre alle proprie attività statutarie, anche attività di monitoraggio dell'attività degli enti ad esse associati e predisposizione di una relazione annuale al Consiglio nazionale del Terzo settore e di promozione e sviluppo delle attività di controllo, anche sotto forma di autocontrollo e di assistenza tecnica nei confronti degli enti associati. L'art. 93 del Codice dispone in materia di controllo assegnando, ancora una volta, un ruolo di primo piano alle Reti associative di cui all'art. 41, comma 2, iscritte nell'apposita sezione del RUNTS che siano appositamente autorizzati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, disponendo che detti soggetti, infatti, possano svolgere attività di controllo ai sensi del comma 1, lett. a), b) e c) del medesimo articolo, nei confronti dei rispettivi aderenti.

50 Cfr. D'AURIA, M.: "Le reti associative", cit. p. 34, il quale evidenzia che la disciplina della Rete associativa risponda ad una logica bivalente, da un lato, in relazione alla "funzione economica" svolta dalle associazioni, per la componente di servizio e promozione che le Reti associative sono chiamate ad offrire stabilmente alle imprese aderenti e dall'altro, per la "funzione politica" ossia di rappresentanza di interessi degli ETS aderenti alla Rete associativa condurrà stabilmente nel dialogo con le istituzioni. Cfr. in tal senso anche ROSSI, E., ADDIS, P., BIONDI, F., DAL MONTE STRADELLA, E., VIVALDI, E.: *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in ZAMAGNI, S. (a cura di): *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011, pp. 61 e ss.

51 Sulle linee essenziali della legge delega si rinvia a GORI, L., ROSSI, E.: "La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2016, reperibile in <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/fasc-2-2016/1019-osf-2-2016-goriorossi/file> e GORI, L.: "Il sistema delle fonti", in *Osservatorio sulle fonti*, reperibile al seguente link <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/I-2018/1183-il-sistema-delle-fonti-del-diritto-nel-terzo-settore>, 2028, pp. 11 ss.

compiti che saranno loro affidati richiedono organizzazione, preparazione e professionalizzazione<sup>52</sup>.

Il Codice del Terzo settore non definisce una "architettura" per le reti, non precisando se debba avere una certa struttura gerarchica, o una determinata organizzazione territoriale, lasciando dunque varie possibilità di declinare questo rapporto<sup>53</sup>.

In generale il concetto di rete, quale struttura organizzativa di un ente di secondo livello, è concetto molto ampio che può essere congegnato con contenuti anche molto diversi, basti pensare che una struttura a rete potrebbe rifarsi ad un modello accentrato, contraddistinto da omogeneità e rigidità, o all'opposto ad un modello decentrato, contraddistinto invece da disomogeneità e flessibilità<sup>54</sup>. Questo dato mette in risalto come il problema centrale nello studio delle reti associative sia quello del bilanciamento tra il necessario momento dell'unità e l'altrettanto necessario riconoscimento dell'autonomia delle singole parti.

E ciò anche in considerazione delle possibili funzioni svolte dalla rete: difatti accentuando gli aspetti di unità, ponendo un organismo come vero e proprio centro dell'organizzazione, verrà privilegiato il momento di sostegno agli enti che vi confluiscono; se, al contrario, si privilegiano le condizioni di autonomia e di indipendenza dei singoli soggetti, potrebbero essere privilegiate e valorizzate diverse funzioni.

Venendo a quanto stabilito nel Cts, avendo disegnato le reti associative quali enti di grandi dimensioni, il Codice ha previsto la possibilità di determinare forme

52 Si veda, in tal senso PESTICCIO, P. A.: "Il Codice del Terzo settore e le Reti associative", in *Cooperative e Enti non profit*, 2018, p. 17, il quale richiamando l'interessante Terzo rapporto sulle "Reti del Terzo settore", del Forum del Terzo settore, a cura di PERUZZI, G., afferma come si tratti della necessità di maggiore rappresentatività del grande mondo degli enti del Terzo settore nel contesto della programmazione politica affinché maturi ancor di più la capacità di esprimere esigenze e di proporre soluzioni anche sui tavoli legislativi, pur nella consapevolezza e nel rispetto dei differenti ruoli. Specificando, altresì, come la capacità per le reti associative di divenire punto di riferimento nei compiti di controllo ed autocontrollo, ma anche di monitoraggio e promozione, passa inevitabilmente dalla conoscenza delle disposizioni di legge che, sempre più, richiedono competenze che non possono derivare dalla sola esperienza operativa, seppur essenziale.

53 D'AURIA, M.: "Le reti associative", cit., pp. 33 ss.

54 Per uno studio in ordine al concetto di organizzazione a rete CASSESE, S.: "Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 1204; SANVITI, G.: "Amministrazione a più strati: l'esempio del commercio nazionale e sopranazionale", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, pp. 1063 e AMOROSINO, S.: "Le funzioni dei pubblici poteri nazionali nell'era delle reti", in *Foro amm.*, 2000, p. 3778. Si veda, altresì, CAFAGGI, F.: "Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale", in CAFAGGI, F. (a cura di) *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove prospettive tra diritto ed economia*, Bologna, 2009, pp. 78 ss., e p. 66, ove si sottolinea come tra controllo gerarchico e relazione paritaria emergano una serie di possibili forme intermedie di coordinamento, caratterizzate da diversi gradi di asimmetria di potere decisionale. In termini più ampi, sembra potersi tracciare un parallelismo con l'elaborazione dottrinarie antecedente al riconoscimento legislativo dei principi del gruppo societario: cfr., in tal senso, TOMBARI, U.: *Il gruppo di società*, Torino, 1997, p. 282. CAFAGGI, F., IAMICELI, P. (a cura di): *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, cit., del quale si segnala specificamente il contributo dello stesso CAFAGGI, F.: "Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro", cit., pp. 413 ss.

organizzative più flessibili prevedendo che gli atti costitutivi o gli statuti nella disciplina dell'ordinamento interno possano introdurre delle deroghe in ordine alla struttura di governo e alla composizione e al funzionamento degli organi sociali nel rispetto ovviamente dei principi di democraticità, pari opportunità ed eguaglianza di tutti gli associati e di elettività delle cariche sociali<sup>55</sup>.

La rete associativa potrà, quindi, nei termini di limite sopra richiamati, disporre il proprio assetto organizzativo secondo le modalità di configurazione del patto associativo che corrispondono alla propria tradizione operativa ed ideale, ad esempio con articolazioni di livello regionale e/o provinciale anche dotate di autonomia giuridica (centri dotati di proprio statuto e codice fiscale), stante il rapporto/concorso funzionale stabile agli assetti di sistema dichiarati sia nello statuto della sede nazionale della rete, sia del singolo livello territoriale interessato.

Accanto al modello disegnato dall'art. 41 esiste poi una variegata pluralità di aggregazioni riconducibile al concetto di rete latamente inteso quale strategia di lavoro comune tra organizzazioni diverse, volta a "unire le forze" per conseguire obiettivi che singolarmente ognuna di quelle organizzazioni non sarebbe in grado di raggiungere. Vi è un proliferare di forme di integrazione degli interventi che prevedono la collaborazione di una molteplicità di figure professionali e di enti al fine di offrire prestazioni più efficaci rispetto alla complessità crescente dei bisogni sociali, familiari e personali. Inoltre, la stessa società civile si organizza in forme di mobilitazione collettiva che implicano livelli di interconnessione significativa tra soggetti<sup>56</sup>.

55 In ordine alle deroghe previste dai commi 8, 9 e 10 dell'articolo 41 del Codice, il Ministero nella circolare del 5 marzo 2021 si è interrogato sulla loro portata applicativa e in particolare se queste debbano essere riferite esclusivamente al soggetto che rappresenta il vertice della rete associativa oppure se possano essere estese anche agli enti che compongono la rete medesima, ovvero alle articolazioni territoriali della rete che siano autonomi soggetti di diritto. È assolutamente condivisibile la risposta positiva ivi contenuta (che non solo le reti associative in senso proprio ma anche gli enti giuridici che la compongono quali sue articolazioni territoriali possono avvalersi delle varie facoltà di deroga concesse alle reti associative dai commi 8, 9 e 10 dell'art. 41 del Codice) con la specificazione che ciò sia funzionale alla formazione della rappresentanza all'interno del livello più elevato della rete medesima e a concorrere alla costruzione dell'articolazione organizzativa della rete e a condizione, inoltre, che tale facoltà sia espressamente contemplata nello statuto del soggetto qualificato come rete associativa. In tal senso si veda anche Fici, A.: "Le reti associative nella circolare", cit., il quale aggiunge come la stessa estensione dovrebbe essere applicata anche alle altre eventuali articolazioni funzionali di una rete associativa dotate di autonoma soggettività giuridica, quali ad esempio organi interni della rete a cui per statuto vengano attribuiti specifici ruoli organizzativi. Questa facoltà di deroga, non potrà invece essere estesa ai singoli enti associati o aderenti alla rete associativa.

56 CATINO, M.: "Le trasformazioni delle associazioni imprenditoriali: verso l'attivazione della rete associativa", in *Dir. relaz. ind.*, 2006, p. 38, il quale evidenzia come le associazioni imprenditoriali italiane siano delle organizzazioni « duali »: da un lato svolgono attività di rappresentanza e lobbying; dall'altra erogano servizi, di varia natura, per la vita e lo sviluppo dell'impresa associata. Con il primo tipo di attività hanno come interlocutori lo Stato, le associazioni sindacali, le altre associazioni imprenditoriali. Con il secondo tipo di attività si relazionano, in primo luogo, con le imprese associate. Nel primo caso si muovono nel sistema politico, nel secondo caso in quello economico. Dal punto di vista dell'analisi scientifica, le associazioni imprenditoriali sono state studiate in particolare dal punto di vista « datoriale » e politico, in quanto organizzazioni che fanno rappresentanza e lobbying. Sono state meno studiate dal punto di vista 'commerciale' ed economico, come organizzazioni che erogano servizi per lo sviluppo dell'impresa.

Il fenomeno delle reti associative è, dunque, molto più ampio rispetto al disegno del Cts e nel mondo del volontariato si è cominciato da tempo a prendere consapevolezza dell'importanza di "mettersi in rete" per rendere più efficaci le attività delle organizzazioni<sup>57</sup>.

---

57 Si veda SALVINI, A., GAMBINI, E.: *Fare rete 15 linee guida per sperimentare la rete tra organizzazioni di volontariato*, Firenze, 2015 un interessante studio del Cesvot (Centro Servizi Volontariato Toscana) avente ad oggetto l'analisi delle condizioni strutturali che generano le reti di relazione tra associazioni di volontariato, individuando varie tipologie di reti di conoscenza, scambio e cooperazione. Gli Autori evidenziano però come le caratteristiche che ha assunto il volontariato negli ultimi decenni non sembri favorire la diffusione della cultura e della pratica del lavoro collaborativo. Hanno registrato una frammentazione delle Odv, quale risultato dell'aumento considerevole del numero di organizzazioni che operano sul territorio, combinato con la specializzazione delle attività svolte.

## BIBLIOGRAFIA

ABRESCIA, M.: *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, costituzione e responsabilità tra generazioni*, in Bifulco - D'Aloia (a cura di) *Un diritto per il futuro, Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008.

ALCARO, F.:

- "Attività e soggettività: circolarità funzionale", in *Rass. dir. civ.*, 2007.
- "Statica e dinamica nel rapporto tra soggetto e attività: processo di circolarità. Nuove prospettive funzionalisti che", in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006.

ALCARO, F.: *Riflessioni critiche sulla soggettività giuridica. Significato di una evoluzione*, in *Studi senesi*, Siena, 1975.

ALPA, G.: "Le persone fisiche", in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1996.

ALPA, G. e RESTA, G.: "Le persone e la famiglia", I, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2006.

ÁLVAREZ RONDON, C. C. y CALVO CARO, M. L.: *Ecosistemas como sujeto de derechos en Colombia: estudio de caso Amazonia, Río Atrato y Páramo de Pisba*, in *Políticas ambientales de la Escuela Superior de Administración Pública*, 2018.

AMOROSINO, S.: "Le funzioni dei pubblici poteri nazionali nell'era delle reti", in *Foro amm.*, 2000.

ARENA, G.: "Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo settore", in FICI, A., GALLO, L., GIGLIONI, F. (a cura di): *I rapporti tra pubbliche amministrazioni e terzo settore*, Napoli, 2020.

ASVIS, "Le future generazioni fanno il loro ingresso nella Costituzione", in *Asvis.it*, 20 Maggio 2021 (<https://asvis.it/notizie-sull-alleanza/19-9822/le-future-generazioni-fanno-il-loro-ingresso-nella-costituzione-#>).

AYER, A. J.: *Il concetto di persona e altri saggi*, trad. it., Milano, 1966.

BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962.

BARCELLONA, P.: *I soggetti e le norme*, Milano, 1984.

BARTOLUCCI, L.: "Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale", in *Osservatorio Costituzionale Aic*, 2021.

BASILE, M.: voce "Associazioni non riconosciute", in *Enc. giur. Treccani*, IV, Ed. Enc. it., 1988.

BASILE, M. e FALZEA, A.: "Persona giuridica (diritto privato)", in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983.

BIANCA, C. M.:

- "I gruppi minori e la responsabilità dell'associazione non riconosciuta", in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963.
- *La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, 1990.

BIFULCO, R.: *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

BOCCACCIN, L.: *Terzo settore e partnership sociali. Nuove pratiche di welfare sussidiario*, Milano, 2009.

BOSELTMANN, K.: *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Londra, 2008.

CAFAGGI, F.:

- "Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale", in CAFAGGI, F. (a cura di) *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove prospettive tra diritto ed economia*, Bologna, 2009.
- "Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro", in AA.VV., *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni di una ricerca sul campo*, CAFAGGI F. e IAMICELI P. (a cura di), Bologna, 2007.

CAFAGGI, F. e IAMICELI, P. (a cura di): *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa. Riflessioni da una ricerca sul campo*, Bologna, 2009.

CAFAGGI, F., IAMICELI, P. e MOSCO, G. D. (a cura di): *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012.

CAPUTI JAMBRENGHI, M.T.P.: *Volontariato sussidiarietà mercato*, Bari, 2008.

CAROLI, M. G. (a cura di): *Secondo rapporto sull'Innovazione Sociale: "Modelli ed Esperienze di Innovazione Sociale in Italia"*, Milano, 2015.

CASSESE, S.: "Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali", in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2004.

CASSETTI, L.: "Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?", in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021.

CATINO, M.: "Le trasformazioni delle associazioni imprenditoriali: verso l'attivazione della rete associativa", in *Dir. relaz. ind.*, 2006.

COLOZZI, I.: "La specificità organizzativa dei soggetti di terzo settore: tipi e dinamiche", in DONATI, P. (a cura di): "Sociologia del terzo settore".

CONSORTI, P., GORI, L., ROSSI, E.: *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2' ed., 2021.

COPPINI, L.: "Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile", in *Pol. Dir.*, 2018.

COSTAMAGNA, F.: "The Provision of Social Services in Italy of Social Services in Italy Between Federalization and Europeanization", in NEERGAARD, U., SZYSZCZAK, E., VAN

DE GRONDEN, J. W., KRAJEWSKI, M. (a cura di): *Social Services of General Interest in the EU, The Hague*, 2013.

COSTANZA, M.: "Imprese robotizzate e responsabilità", in RUFFOLO, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale: il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020.

COTTA, S.: "Soggetto di diritto", in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990.

COTTA, S.: *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano 1997, cap. I.

D'AURIA, M.: "Le reti associative nel Codice del Terzo Settore", in *Ianus*, n. 17, 2018.

DAL POZZO, F.: *Soggettività 'naturale' e cognitivismo etico*, Torino, 1991.

DE GIORGI, M. V.: "Dalle persone giuridiche agli enti "non profit"", in *Trattato dir. priv.* diretto da RESCIGNO, vol. 2, t. I, Torino, 1999.

DE GIORGI, M. V.: "Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali", in *Riv. dir. Civ.*, I, 1999.



DE GIORGI, M. V.: "Le fondazioni", in *Tratt. dir. Priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. 2, t. I, Torino, 1999.

DE GIORGI, M. V.: "Le persone giuridiche, associazioni e fondazioni", in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da P. RESCIGNO, 2, I, 1982.

DE GIORGI, M. V.: "Tra legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni", in *Riv. dir. Civ.*, 2004.

DONATI, D.: *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013.

DONATI, P.: "Che cos'è il terzo settore: cultura, normatività, ruolo societario", in DONATI, P. (a cura di), *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996.

DONATI, P.: *Introduzione. Nuovi orientamenti nell'analisi*, in DONATI P (a cura di) *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996.

ESTUPIN ACHURY, L., STORINI, C., MARTINEZ DALMAU, R., DE CARVALHO DANTAS, F. A.: *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, 2019.

FABRICIUS, F.: *Relativität der Rechtsfähigkeit*, Monaco-Berlino, 1963.

FALZEA, A.:

- "Capacità (teoria gen.)", in *Enc. dir.*, Milano, 1960.
- *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.

FERIOLI, E.: *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003.

FERRARA, F.:

- "Le persone giuridiche", Torino, 1958, in *Trattato di dir. Civ.*, diretto da F. VASSALLI, a cura di F. FERRARA.
- *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923.

FICI, A.: "Le reti associative nella circolare del Ministero del 5 marzo 2021", in *Fondazione Terzjus ETS, Il portale del diritto del terzo settore*, 2021.

FICI, A. (a cura di): *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018.

FICI, A., ROSSI, E., SEPIO, G., VENTURI, P.: *Dalla parte del Terzo Settore. La Riforma letta dai suoi protagonisti*, Roma, 2020.

FORNERO, G.: voce "Soggetto", in *Dizionario di Filosofia* di ABBAGNANO, N., 3° ed., Torino 1998 (aggiornata da G. FORNERO).

FROSINI, V.: "Soggetto di diritto", in *Noviss. Digesto*, XVII, 1970.

FUSARO, A.:

- "Enti del terzo settore. Profili civilistici", in *Tratt. CICU*, MESSINEO, Milano, 2022.
- Gli enti del terzo settore nel codice introdotto dalla riforma, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018.
- "Le associazioni", in *Gli enti non profit in Italia*, a cura di PONZANELLI, Milano, 1994.
- "Nome e identità personale degli enti collettivi. Dal «diritto» all'identità uti singuli al «diritto» all'identità uti universi", in *La Nuova giur. Civ. Comm.*, II, 2002.
- "Per un diritto delle associazioni nel terzo millennio", in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2002.

GAETA, M. C.:

- *Il problema della tutela giuridica della natura: un'analisi comparata tra italia e stati dell'america latina*, in *Nuovo diritto civile*, 2020.
- "Principio di solidarietà e tutela di nuovi "soggetti" deboli. La Foresta Amazzonica quale soggetto di diritto (sentenza n. 4360/2018 della Corte Suprema di Giustizia della Colombia)", in *Familia*, 2019, reperibile al sito web Gaeta-M-C-Soggetti-deboli\_natura-2.pdf (rivistafamilia.it).

GALGANO, F.:

- "Associazioni, fondazioni, comitati", in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da GALGANO, Padova, 1987.
- "Delle associazioni non riconosciute e dei comitati", in *Comm. SCIALOJA-BRANCA*, artt. 36-42, 1976.

- "Delle persone giuridiche", in *Comm. del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1969.
- "Il costo della persona giuridica", in *Riv. soc.*, 1968.
- "L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta della Cassazione)", in *Contr. e impr.*, 1987.
- *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, 2a ed., Milano, 1996.
- "Le società e lo schermo della personalità giuridica", in *Giur. Comm.*, 1983.
- "Persona giuridica", in *Dig. IV*, sezione civile, Torino, 1995.
- "Persona giuridica e no", in *Riv. soc.*, 1971.
- "Società in generale - Società di persone", in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU - MESSINEO e proseguito da MENGONI, Milano, 1982.
- *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965.

GALLO, P.: "Soggetto di diritto", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998.

GILETTA, A.: "La soggettività negli enti associativi multilivello", in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002.

GORI, L.:

- "Il sistema delle fonti", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>.
- *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022.

GORI, L., ROSSI, E.: "La legge delega n. 106 del 2016 di riforma del Terzo settore", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2016, reperibile in <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/fasc-2-2016/1019-osf-2-2016-gorirossi/file>.

GROPPI, T.: "Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2016.

KELSEN, H.: *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.

INZITARI, B.: "Associazioni dipendenti, associazioni complesse, associazioni parallele, commissariamento dell'associazione minore ed autonomia dei rispettivi rapporti obbligatori", in *Giur. comm.*, II, 1992.

IRTI, N.:

- *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973.
- "Sul concetto di titolarità", in *Riv. dir. civ.*, I, 1970.

KELSEN, H.: *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.

LOFFREDO, F.: *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2023.

LUHMANN, N.:

- *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978.
- *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978.

MACCARINI, A. M.: "Le associazioni sociali", in DONATI, P. (a cura di): *Sociologia del terzo settore*, Roma, 1996.

MACÍAS, L. F.: "¿Qué significa que la Amazonia sea un sujeto de derecho?", in *Revista Colombia Amazónica*, 2018.

MAGNI, C.: "Soggetto e persona nel diritto", in *Studi in onore di Del Giudice*, II, Milano, 1953.

MATAMBANADZO, S.: "Embodying Vulnerability: A Feminist Theory of the Person", in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2012.

MATTIONI, A.: "Le garanzie costituzionali degli enti non profit. Aspetti problematici", in *Società e istituzioni. Una raccolta di scritti*, Napoli, 2005.

MAZZONI, C.M.: "Persone fisiche", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.

MÍGUEZ NÚÑEZ, R.: *Le avventure del soggetto*, Milano-Udine, 2018.

MUSELLA, M. (a cura di): *La sussidiarietà orizzontale. Economia, politica, esperienze territoriali in Campania*, Roma, 2013.

NICOTRA, I. A.: "L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid", in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021.

OLIVA, S. D.: "La gestione sostenibile delle risorse naturali nell'Amazzonia sud occidentale di Perù, Brasile e Bolivia: la necessità di una politica integrata verso un "diritto amazzonico"", in *Riv. giur. ambiente*, 2004.

PELLIZZI, G.: "Soggettività giuridica", in *Enc. giur.* Treccani, XXIX, Roma, 1993.

PESTICCIO, P. A.: "Il Codice del Terzo settore e le Reti associative", in *Cooperative e Enti non profit*, 2018.

PETTITI, L.: "Associazioni primarie, secondarie e parallele", in *Studi in onore di P. GRECO*, Cedam, II, 1965.

PIETRZYKOWSKI, T.: "The idea of non - Personal Subjects of law", in A. J. KURKI & T. PIETRZYKOWSKI (eds.), *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer, 2017.

PISANÒ, A.: voce "Generazioni future", in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, Napoli, 2013.

PIZZORUSSO, A.: "Persone fisiche (artt. 1-4 c.c.)" in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998.

PONZANELLI, G.:

- *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, 2a ed., Torino, 2000.
- "Terzo settore: la legge delega di riforma", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

PORENA, D.: *Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017.

RESCIGNO, P.: "Capacità giuridica (diritto civile)", in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1957.

ROMANO, F.: *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, 1967.

ROSSI, E., ADDIS, P., BIONDI, F., DAL MONTE STRADELLA, E., VIVALDI, E.: *Identità e rappresentanza del terzo settore*, in ZAMAGNI, S. (a cura di): *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2011.

RUFFOLO, U. (a cura di): *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017.

SALVINI, A., GAMBINI, E.: *Fare rete 15 linee guida per sperimentare la rete tra organizzazioni di volontariato*, Firenze, 2015.

SANDY, M.: "The Amazon is completely lawless: the Rainforest after Bolsonaro's first year", in *The New York Times*, 5 dicembre 2019, accessibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2019/12/05/world/americas/amazon-fires-bolsonaro-photos.html>.

SANNA, P.: "Dalla legge di riforma al "Codice del Terzo settore": alcuni profili introduttivi", in *Resp. civ. prev.*, 2018.

SANVITI, G.: "Amministrazione a più strati: l'esempio del commercio nazionale e sopranazionale", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000.

SPASIANO, M. R.: "Enti non lucrativi a rilevanza pubblica", in *Dir. amm.*, 1994.

TEUBNER, G.: *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di FEMIA, P., Napoli, 2019.

THIBAUT, A. F. J.: *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1803, par. 189.

TOMBARI, U.: *Il gruppo di società*, Torino, 1997.

VACCA, B.: *Le associazioni non riconosciute e i comitati*, Milano, 1999.

VECCHIO, G.: "Libertà di iniziativa assistenziale e formazione del concetto di 'sussidiarietà orizzontale' nella giurisprudenza della Corte costituzionale", in RESCIGNO, P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006.

VIOLA, F.:

- *Dalla natura ai diritti*, Bari, 1997.

- "Umano e post-umano: la questione dell'identità", in Russo, F. (a cura di): *Natura Cultura Libertà*, Roma.

WITTGENSTEIN, L.: *Tractatus logico-philosophicus*, 1922, trad. it. a cura di A. Conte, Torino, 1964, proposiz. 5.

ZAMAGNI, S. (a cura di): *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2011.

ZATTI, P.:

- *Persone giuridiche e soggettività*, Padova, 1975.

- “Verso un diritto per la bioetica; risorse e limiti del discorso giuridico”, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995.

ZOPPINI, A.: *Le fondazioni, dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿MECANISMO PARA  
LA INTEGRACIÓN HUMANA O HERRAMIENTA DE  
PERPETUACIÓN DEL SUPREMACISMO OCCIDENTAL?

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A MECHANISM FOR HUMAN  
INTEGRATION OR A TOOL FOR THE PERPETUATION OF  
WESTERN SUPREMACISM?*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 504-515*



Enric BATALLER  
RUIZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 22 de febrero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El triunfo de la llamada Modernidad mostró la capacidad de la civilización occidental para imponerse al resto del mundo y someterlo no solo a sus dictados político-económicos sino también a su concepción ética y a su esquema axiológico, de modo que desde hace más de dos siglos las ideas de “lo bueno” y “lo justo” suelen corresponderse con lo que los occidentales consideramos como tal. La colonización y el control del espacio extraeuropeo fueron posibles gracias a la exportación de un modo de estructurar la realidad que llamamos cartesiano y que, en la práctica, suponía el etiquetado riguroso de todas las realidades sensorialmente perceptibles a fin de facilitar su localización, análisis y explotación. Esta inmensa capacidad para la cosificación alcanzó también a las actividades humanas más inmateriales, e incluso al concepto mismo de Humanidad: la invención de la idea de “raza” es buena muestra de ello, y la posterior jerarquización entre supuestas razas superiores e inferiores fue consecuencia ineludible.

**PALABRAS CLAVE:** Inteligencia artificial; sesgos; discriminación; desigualdad; diversidad.

**ABSTRACT:** *The triumph of so-called Modernity showed the capacity of Western civilisation to impose itself on the rest of the world and subject it not only to its political-economic dictates but also to its ethical conception and axiological scheme, so that for more than two centuries the ideas of “the good” and “the just” have generally corresponded to what we Westerners consider as such. The colonisation and control of extra-European space was made possible by the export of a way of structuring reality that we call Cartesian and which, in practice, entailed the rigorous labelling of all sensorially perceptible realities in order to facilitate their location, analysis and exploitation. This immense capacity for reification also reached the most immaterial human activities, and even the very concept of Humanity: the invention of the idea of “race” is a good example of this, and the subsequent hierarchisation between supposedly superior and inferior races was an inescapable consequence.*

**KEY WORDS:** *Artificial intelligence; bias; discrimination; inequality; diversity.*

**SUMARIO.- I. “NOUS ANCÊTRES LES GAULOISES”.- II. ¿EXISTEN LOS SESGOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL? ALGUNOS EJEMPLOS.- III. ¿POR QUÉ DEBEMOS CAMINAR HACIA UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL REALMENTE INTEGRADORA DE LA PLURALIDAD HUMANA?- IV. CONCLUSIÓN.**

**I. “NOUS ANCÊTRES LES GAULOISES”.**

Con esta frase aparentemente inocente y objetiva comenzaba la instrucción en historia patria que la escuela francesa impartió a generaciones de niños a lo largo de los siglos XIX y buena parte del XX. Si bien todos sabemos que el actual hexágono francés estaba habitado en la antigüedad por los simpáticos galos, el problema aparecía cuando esta misma lección inicial se trasladaba tal cual a otras partes de la Francia política, fuera alguna isla de Polinesia, la Guayana o Madagascar.

¿Cuál era el mensaje que lanzaba el colonialismo, en este caso francés, a los habitantes de sus colonias? Obviamente, el de que no tenían otro pasado, otro relato, más que el impuesto por la metrópoli por la simple razón de su dominio político.

¿Qué queda ahora de ello? El término descolonización alude al trabajo intelectual, político, económico y social relativo a la restauración de la tierra y la vida independientes en los pueblos extraeuropeos que habían ido quedando bajo el dominio occidental<sup>1</sup>, desde los inicios de la Edad Moderna hasta casi la actualidad (según la Organización de las Naciones Unidas, a día de hoy aún quedan en el mundo diecisiete territorios pendientes de descolonización)<sup>2</sup>.

Sin embargo, los efectos del colonialismo perduran hasta el presente en una forma tan intensa que se ha acuñado el término “colonialidad” para expresar tanto la continuidad de los mecanismos de explotación socioeconómica de las antiguas colonias como de los marcos de poder establecidos entre quienes antes eran colonizador y colonizado<sup>3</sup>.

1 JANSEN, J., y OSTERHAMMEL, J.: *Decolonization: A short History*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2017. También MOHAMED, S.; PNG, M-T.; e ISAAC, W.: “Decolonial AI: Decolonial Theory as Sociotechnical Foresight in Artificial Intelligence”, *Philosophy & Technology*, 2020, p. 663, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-020-00405-8#:~:text=Decolonial%20theories%20use%20historical%20hindsight,%2C%20economic%2C%20and%20social%20world.>

2 Fuente: Naciones Unidas, <https://www.un.org/dppa/decolonization/es/nsrgt>.

3 Para Quijano, la colonialidad del poder expresa la manera en que el poder conforma nuestro entendimiento de la cultura, el trabajo, la intersubjetividad y la producción del conocimiento [QUIJANO, A.: “Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America”, *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, 2000, pp 215-232]. Este autor sostiene que el poder de la colonialidad radica en su control sobre las estructuras sociales en

• **Enric Bataller Ruiz**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universitat de València.  
Correo electrónico: enric.bataller@uv.es.

La expansión colonial de Europa fue posible gracias al triunfo de una mentalidad comercial que cosificaba y convertía en mercancías a las propias personas. Dado que la característica principal de toda mercancía es su capacidad para ser contada, pesada y medida a efectos del tráfico, la premisa de la actividad de commodificación debe ser la perfecta identificación y separación de cada artículo objeto de futuro comercio. Nace así en los siglos XVI y XVII el concepto de raza, para etiquetar y distinguir a aquellas personas que, por pertenecer a una etnia supuestamente inferior, podían ser legalmente sometidas a esclavitud y trata por parte de los occidentales<sup>4</sup>.

Aunque formalmente abolida la esclavitud a lo largo del siglo XIX, la estratificación social basada en la raza se ha convertido en un fenómeno de larga duración que se ha acabado por trasplantar al corazón de las antiguas metrópolis, y justifica en la práctica graves situaciones de discriminación que pueden resultar exacerbadas si no se descoloniza la pujante Inteligencia Artificial. El riesgo nace particularmente del hecho de que actualmente las relaciones humanas han sido capturadas en forma de datos susceptibles de convertirse en mercancías, lo que puede recrear una formulación neocolonizadora del poder a través de los prejuicios que conocidamente salpican los mecanismos de Inteligencia Artificial<sup>5</sup>.

## II. ¿EXISTEN LOS SESGOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL? ALGUNOS EJEMPLOS.

Senior y Mezzanotte, describen el “sesgo” o “prejuicio” (“bias”) en Inteligencia Artificial como la situación que se produce cuando una máquina ofrece resultados diferentes con respecto a un grupo de gente comparado con otro, y añaden que tales sesgos siguen típicamente los prejuicios societarios clásicos como la raza, el género y el sexo biológico, la nacionalidad o la edad<sup>6</sup>.

---

las cuatro dimensiones de autoridad, economía, género y sexualidad, así como sobre el conocimiento y la subjetividad.

- 4 El detallismo de la administración colonial española, con su distinción rigurosa entre negros, mulatos, cuarterones, ochavones y tornatrás, muestra una obsesión por marcar la jerarquía social en función del grado de presencia de sangre de grupos “inferiores” en cada individuo que se considerase.
- 5 Como señala NOURI, “el sesgo humano es una cuestión bien estudiada por la psicología durante años. Nace de asociaciones implícitas de las que no somos conscientes y puede afectar los resultados de una determinada actuación. (...) Los sesgos algorítmicos en los sistemas de Inteligencia Artificial pueden presentar formas diversas tales como sesgos de género, prejuicio racial y discriminación por edad. La cuestión clave que ha de responderse es: ¿cuál es la causa de la aparición de tales sesgos, y cómo pueden ser prevenidos? Los sesgos pueden infiltrar los algoritmos de numerosas formas. Incluso si resultan excluidas variables sensibles como género, etnia o identidad sexual, los sistemas de Inteligencia Artificial aprenden a tomar decisiones basadas en los datos de entrenamiento, los cuales pueden contener decisiones humanas sesgadas o representar inequidades históricas o sociales.” [NOURI, S.: “The Role of Bias in Artificial Intelligence”, disponible en: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2021/02/04/the-role-of-bias-in-artificial-intelligence/?sh=48a1d1ad579d>].
- 6 SENEOR, A., y MEZZANOTTE, M.: “Open source data bases: How to reduce bias in AI”, publicado 14 octubre 2022 en World Economic Forum, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2022/10/open-source-data-science-bias-more-ethical-ai-technology/#:~:text=Bias%20in%20AI%20is%20when,biological%20sex%2C%20nationality%20or%20age>.

Un informe del Banco Mundial datado el 30 de diciembre de 2019 advirtió de la existencia de disparidades de género en los préstamos para pequeñas y medianas empresas como obstáculo al crecimiento de millones de empresas dirigidas por mujeres. Este documento examinó un factor potencial de estas disparidades, concretamente el representado por el prejuicio de género mostrado por los empleados bancarios responsables de la concesión de crédito. El sesgo o prejuicio de tales responsables se midió a través de un experimento de solicitud de préstamo realizado con setenta y siete empleados en bancos turcos, el 35% de los cuales mostraron prejuicios en contra de las mujeres solicitantes, de manera que estas recibían unos préstamos en promedio 14.000 dólares estadounidenses más bajos en comparación con los hombres. Igualmente mostraba el estudio en comentario que la experiencia en el sector bancario puede atenuar este prejuicio, ya que cada año de experiencia reduce las asignaciones de préstamos con sesgo de género en un 6 %. Los resultados sugieren que los responsables del crédito pueden usar el prejuicio de género como un dispositivo heurístico dada la información limitada y la aversión al riesgo. La solución a este problema vendría, según apunta el propio Banco Mundial, mediante la ayuda a los empleados recién contratados y con menos experiencia a discernir mejor la calidad de las solicitudes de préstamo haciendo abstracción del género del solicitante<sup>7</sup>.

¿Podríamos pensar que este problema no ocurriría si la selección de los solicitantes de crédito fuera encomendada a algún mecanismo algorítmico de Inteligencia Artificial? Más bien al contrario, como nos indican numerosos ejemplos. En 2014 la compañía Amazon intentó automatizar el proceso de selección de candidatos para puestos de empleo mediante el uso de sistemas de Inteligencia Artificial basados en datos de personas que habían trabajado en la empresa durante los últimos diez años, sin reparar en que retrotraerse hasta 2004 suponía abarcar una dimensión temporal en la que la igualdad femenina en el mercado laboral presentaba carencias aún más importantes que las actuales. El resultado fue que el sistema descartó la mayoría de currículums pertenecientes a mujeres, de una manera tan grave que Amazon tuvo finalmente que cancelar su Proyecto, si bien ello se demoró hasta principios de 2017<sup>8</sup>.

Zou y Schiebinger indican que los investigadores en el campo de las máquinas entrenadas para el aprendizaje suelen construir los paquetes de datos que introducen pinzando imágenes obtenidas en websites como Google Images y Google News, usando términos específicos de búsqueda, o mediante el agregado

7 Versión oficial de este documento disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/244611577766368167/pdf/Gender-Bias-in-SME-Lending-Experimental-Evidence-from-Turkey.pdf>.

8 Véase un comentario sobre este caso en: ASHER HAMILTON, I.: "Amazon built an AI tool to hire people but had to shut it down because it was discriminating against women" (publicado 10 octubre 2018, disponible en: <https://www.businessinsider.com/amazon-built-ai-to-hire-people-discriminated-against-women-2018-10?r=US&IR=T>).

de información de fácil acceso obtenida de fuentes tales como Wikipedia. Además, los paquetes de datos son a menudo anotados por personas sin una formación específica y/o a través de plataformas colaborativas como Amazon Mechanical Turk, sin una supervisión real. Estos métodos de trabajo pueden, evidentemente, producir de manera no intencionada datos que codifiquen prejuicios de género, etnia o cultura<sup>9</sup>.

En el campo de la discriminación racial, un informe publicado en julio de 2019 por el *National Institute of Standards and Technology* (institución oficial dependiente del gobierno de los Estados Unidos) demostró que los algoritmos no siempre distinguen todas las caras con la misma claridad, tras un estudio en el que concluyó que presentaban una mayor propensión a confundir entre sí los rostros de personas negras que blancas, en una proporción de diez a uno, todo lo cual resultaba especialmente preocupante en orden a controles policiales o aduaneros<sup>10</sup>. Otro campo donde la diversidad humana sale malparada es la medicina, donde van menudeando los contraestudios que demuestran los fallos de algoritmos de Inteligencia Artificial que no contemplan debidamente la necesidad de establecer subgrupos de pacientes cuyas características de raza, sexo u otras deban ser consideradas para una correcta tarea de diagnóstico<sup>11</sup>.

### III. ¿POR QUÉ DEBEMOS CAMINAR HACIA UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL REALMENTE INTEGRADORA DE LA PLURALIDAD HUMANA?

Los ejemplos que he enumerado hasta aquí creo que sirven para explicar la importancia del desarrollo de una Inteligencia Artificial que capte y respete la diversidad humana en toda su plenitud. Ello es predicable tanto de las sociedades étnicamente “mestizas” en su origen (el conjunto de países que definimos como América Latina) como de aquellas habitadas casi exclusivamente por grupos humanos no europeos (especialmente las naciones africanas, donde el

9 El resultado de esto es que frecuentemente, algunos grupos resultan sobrerrepresentados mientras que otros aparecen muy por debajo de su verdadera importancia proporcional, de modo que en 2018 más del 45% de los datos de ImageNet, que suministra investigación en visión por ordenador, provenía de los Estados Unidos, que es el hogar de solamente el 4% de la población mundial. Por contraste, China e India juntas contribuían sólo con un 3% a los datos de ImageNet, y ello a pesar de que tales países representaban el 36% de la población mundial. Esta falta de geodiversidad, que actualmente sigue sin corregirse en lo sustancial, explica en parte porqué los algoritmos para la visión por ordenador etiqueten, por ejemplo, una fotografía de una novia tradicional de los Estados Unidos como “novia”, “vestido”, “mujer”, “boda”, mientras que una fotografía de una novia de la India aparece etiquetada como “actuación artística” o “traje” [ZOU, J, y SCHIEBINGER, L.: “AI can be sexist and racist – it’s time to make it fair”, publicado 18 julio 2018, disponible en: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-05707-8>].

10 Véase un comentario al respecto en SIMONITE, T.: “The best algorithms struggle to recognize black faces equally”, publicado 22 julio 2019, disponible en: <https://www.wired.com/story/best-algorithms-struggle-recognize-black-faces-equally/>.

11 NOSEWORTHY, P. A. et al.: “Assessing and mitigating bias in medical artificial intelligence”, febrero 2020, disponible en <https://www.ahajournals.org/doi/10.1161/CIRCEP.119.007988> “Necesitamos estar atentos al hecho de que la Inteligencia Artificial tiene el potencial para exacerbar los sesgos raciales y las disparidades en salud y cuidados sanitarios. Recomendamos vigilancia, manejo de paquetes de datos diversos, información consistente basada en subgrupos, y validación externa para asegurar un uso responsable de la Inteligencia Artificial en medicina”.

concepto “raza” aparece como definitorio de una identidad frente a la antigua metrópoli)<sup>12</sup>; como, en fin, de los propios países occidentales, donde actualmente es cada vez mayor la diversidad racial y cultural fruto del fenómeno migratorio exponencialmente incrementado tras el asentamiento de la globalización.

Los sesgos imprimidos a los procesos de confección de resultados informacionales mediante el empleo de máquinas inteligentes resultan graves para la convivencia democrática y la igualdad real de oportunidades. Piénsese que, a diferencia de lo que ocurre con la protección de datos, la Inteligencia Artificial no ofrece la oportunidad de ejercer un “derecho al olvido” ni de pedir que se nos incluya en una “lista Robinson”<sup>13</sup>. Fallos de representatividad en las ofertas de empleo, en los reconocimientos faciales, en los diagnósticos sanitarios, suponen globalmente una discriminación injusta que debe ser eliminada. Sin embargo, creo que nos equivocáramos si nos limitásemos a un enfoque puramente cuantitativo del problema que nos ocupa. Lo importante, en mi opinión, es el retroceso cualitativo que supondría para la humanidad una Inteligencia Artificial que se dedicase a reproducir los clichés acunados por siglos de dominio cultural y tecnológico occidental y, correlativamente, ignorase las crecientes aportaciones que está recibiendo el mundo a partir de la lucha por la deconstrucción de lo colonial.

Han hecho falta casi doscientos años, desde el acceso de la mayoría de países latinoamericanos a su independencia formal, para que la misma existencia, derechos colectivos y entidad cultural de los pueblos indígenas hayan pasado a formar parte del acervo legislativo de algunos de los estados donde habitan<sup>14</sup>. Del mismo modo, también ha habido que esperar hasta momentos recientes para que el Conocimiento Tradicional (tanto entendido como conjunto de técnicas

---

12 Adams puntualiza que la noción de “descolonialidad”, como proceso deconstructivo de las lógicas predatorias impuestas por Occidente mientras sojuzgó al resto del mundo, se ha concretado en contextos regionales diversos. En América Latina la “descolonialidad” aparece como el reverso de la colonialidad, en un binomio inseparable que refleja el pensamiento de Foucault sobre las dinámicas entre Poder y Resistencia (y cuyo eco encontramos magistralmente descrito en GINSBURG, C.: *El queso y los gusanos. El cosmos de un molinero del siglo XVI*, Einaudi, Milán, 1976; traducción castellana en Editorial Península), de manera que “descolonialidad” alude conjuntamente a la colonialidad presente del poder junto con la posibilidad de que éste resulte en algún momento desenmarañado. Diversamente, el discurso de la descolonialidad en África coloca la raza en su centro, de modo que es un discurso que busca la igualdad esencial del ser humano a través de un anti-racismo radical: un conjunto de pueblos muy diversos entre sí fueron unificados por Occidente bajo el concepto de “raza negra”, que pretendía justificar (incluso con bases supuestamente científicas a lo largo del siglo XIX) su común situación de sometimiento al hombre blanco; consecuentemente, tal opresión sólo desaparecerá cuando el factor raza pase a ser totalmente irrelevante en la vida social [ADAMS, R.: “Can Artificial Intelligence be decolonised?”, *Interdisciplinary Science Reviews*, IF 1.109, publicado 7 marzo 2021, disponible en <https://www.x-mol.net/paper/article/1369041763689979904>].

13 Derecho al olvido que en nuestro país puede ejercitarse de una manera tan simple como es rellenando y presentando el formulario que al respecto ofrece la Agencia Española de Protección de Datos, disponible en su web y accesible mediante el siguiente enlace: <https://www.aepd.es/es/documento/formulario-derecho-de-supresion.pdf>.

14 Ver artículo 2 de la vigente Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (última reforma publicada el 18 de noviembre de 2022). También artículo 2 de la Constitución de Bolivia, proclamada el 7 de febrero de 2009.

y saberes, como expresión cultural propia de un concreto grupo humano) haya recibido reconocimiento en las instancias internacionales<sup>15</sup>.

Es momento de ganar en pluralidad y diversidad de miradas. Occidente nos convenció de que era el propietario de lo ético, frente a un mundo no occidental supuestamente pre-ético<sup>16</sup>. La idea de inteligencia desplegada por Occidente desde los inicios de la Edad Moderna prima la abstracción, frente a la memorización y la observación. Ello fue debido al desarrollo de la imprenta, que inauguró el gran período de la escritura y dejaba de lado la memoria como principal mecanismo transmisor del conocimiento. El predominio del paradigma escrito supuso correlativamente la pérdida de importancia del oral, que se antojaba inseguro. La certeza estaba sedicentemente en los libros, que se redactan con un principio y un fin, lo que supuso la victoria temporal en Occidente del método discursivo lineal, asociado al progreso, pero olvidando la lateralidad y el pensamiento cooperativo. Sin embargo, las redes sociales audiovisuales y la Inteligencia Artificial vuelven a colocar el centro en la oralidad, lo que permite aventurar que quizá la memoria humana, el pensamiento lateral, divergente y arborescente, y la capacidad de expresión oral serán de nuevo la única manera de verificar el conocimiento de una persona y su capacidad para generar más conocimiento, porque el resto de cosas las sabrá hacer la robótica.

#### IV. CONCLUSIÓN.

Para un desarrollo humanamente justo de la Inteligencia Artificial importa contar con procedimientos validados con ítems pactados a nivel supragubernamental, que garanticen la representatividad de todos. Hay que rechazar enfoques neodarwinistas (“el que no se adapte se quedará atrás”) y empezar a pensar que el progreso posiblemente se vea entorpecido, y sus herramientas de trabajo condenadas a la repetición constante de fórmulas ya sabidas, si no somos capaces de buscar la aportación de todos, en un plano de igualdad.

Desde un punto de vista puramente defensivo de la diversidad humana (la imperiosa necesidad de que la Inteligencia Artificial sea plenamente representativa

---

15 Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “el Conocimiento Tradicional (TK, por sus siglas en inglés) es conocimiento, *know-how*, habilidades y prácticas que son desarrolladas y heredadas de generación en generación dentro de una comunidad, a menudo formando parte de su identidad cultural o espiritual.

Aunque aún no hay una definición aceptada del TK en el nivel internacional, puede decirse que:

El TK en un sentido general abarca el contenido del conocimiento en sí mismo considerado, así como las expresiones culturales tradicionales, incluyendo signos distintivos y los símbolos asociados con todo ello.

El TK en sentido estricto se refiere al conocimiento como tal, y en particular el conocimiento resultante de la actividad intelectual en un contexto tradicional, e incluye *know-how*, prácticas, habilidades e innovaciones.

El conocimiento tradicional puede encontrarse en una amplia variedad de contextos, incluyendo el agrícola, científico, técnico, ecológico y médico, así como en el conocimiento relacionado con la biodiversidad [para esta conceptualización, puede consultarse <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>].

16 ADAMS, R.: *Can Artificial*, cit., pp. 8 a 11.

y, por ende, no incurra en conductas discriminatorias), podemos dar un voto de confianza inicial al próximo despliegue de las previsiones contenidas en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en material de Inteligencia Artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, entre las que podemos citar las relativas a la prohibición de su uso para evaluar o clasificar la fiabilidad de las personas físicas atendiendo a sus características personales conocidas (art. 5.1.c), la cual tiene su correlato sancionador en el art. 71, que prevé multas de hasta treinta y cinco millones de euros para los infractores<sup>17,18</sup>

Entiendo que esto no es suficiente para mitigar los peligros implícitos en el desarrollo hasta ahora seguido por la Inteligencia Artificial. Entiendo que es posible trabajar para salir del marco sociológico occidental y, en su lugar, adaptarse a las diversas situaciones regionales de manera original<sup>19</sup>, derivando hacia lo que ha sido denominado como “tecnologías criollas”<sup>20</sup>.

Pero si la Inteligencia Artificial acaba sirviendo para revertir los avances logrados por la descolonialidad a lo largo de las últimas décadas, entonces estaremos condenados a vivir en un mundo mentalmente más pequeño. Y a esto es a lo que antes llamábamos atraso.

---

17 De manera directa o indirecta, entiendo que atañen a la problemática de los sesgos los artículos 5. 1. c); 10.2.f); 10, 4; 13, 1; 14; 15; 29; 40; 42; 53.2; 62, 65 y 71. Igualmente debe citarse el Anexo IV, donde su artículo 2. g) establece que entre la documentación técnica deben incluirse los procedimientos de validación y los parámetros utilizados para medir la precisión y efectos potencialmente discriminatorios. Fuente: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. COM/2021/206 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52021PC0206>.

Tras el acuerdo alcanzado entre la Comisión y el Parlamento Europeo el 9 de diciembre de 2023 (previsiblemente implementado a lo largo del primer semestre de 2024, y cuya entrada en vigor se pronostica para 2026), parece que quedará también aclarada la cuestión de la atribución de responsabilidad a los diversos actores involucrados en las cadenas de valor relacionadas con la Inteligencia Artificial, así como la relación que se establecerá con los supuestos que se contemplan en una futura directiva sobre responsabilidad extracontractual en la materia. Igualmente se ha acordado la creación de una Oficina Europea de Inteligencia Artificial, en el seno de la Comisión Europea. Para una valoración de este acuerdo emitida por la propia Unión Europea, puede consultarse en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>.

18 Ciertamente, la tarea de los organismos de gobernanza de la Inteligencia Artificial debe ser ayudada por una sociedad civil vigilante. En este sentido, me parecen muy importantes iniciativas como la desplegada por la *Algorithmic Justice League*, basada en los Estados Unidos y cuya motivación declarada es la de “despertar la atención sobre los impactos de la Inteligencia Artificial, equipar a los defensores con investigación empírica, construir la voz y la elección de las comunidades más impactadas y galvanizar a los investigadores, a los desarrolladores de políticas y a los facultativos de la industria para mitigar los daños y sesgos de la Inteligencia Artificial”. Su promotora es Joy Buolamwini, activista contra el racismo digital e investigadora en el MIT Media Lab. <http://www.ajl.org>.

19 Esto viene previsto por el art. 10. 4 de la Propuesta de Reglamento UE sobre Inteligencia Artificial arriba citada, el cual establece que los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba tendrán en cuenta las características del contexto geográfico, conductual o funcional específico en el que se pretenda utilizar un sistema de Inteligencia Artificial de alto riesgo.

20 Véase EDGERTON, D. E.: “Creole technologies and global histories: rethinking how things travel in space and time”, *Journal of History of Science and Technology*, núm. 1, pp. 75-112.



## BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, R.: "Can Artificial Intelligence be decolonised?", *Interdisciplinary Science Reviews*, IF 1.109, publicado 7 marzo 2021, disponible en: <https://www.x-mol.net/paper/article/1369041763689979904>.

ASHER HAMILTON, I.: "Amazon built an AI tool to hire people but had to shut it down because it was discriminating against women" (publicado 10 octubre 2018, disponible en: <https://www.businessinsider.com/amazon-built-ai-to-hire-people-discriminated-against-women-2018-10?r=US&IR=T>).

EDGERTON, D. E.: "Creole technologies and global histories: rethinking how things travel in space and time", *Journal of History of Science and Technology*, núm. 1, 2017.

GINZBURG, C.: *El queso y los gusanos. El cosmos de un molinero del siglo XVI*, Einaudi, Milan, 1976; de la traducción castellana, Editorial Península, Barcelona, 2001.

JANSEN, J., y OSTERHAMMEL, J.: *Decolonization: A short History*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2017.

MOHAMED, S.; PNG, M-T.; e ISAAC, W.: "Decolonial AI: Decolonial Theory as Sociotechnical Foresight in Artificial Intelligence", *Philosophy & Technology*, 2020, p. 663, disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-020-00405-8#:~:text=Decolonial%20theories%20use%20historical%20hindsight,%2C%20economic%2C%20and%20social%20world>.

NOSEWORTHY, P.A., et al.: "Assessing and mitigating bias in medical artificial intelligence", febrero 2020, disponible en <https://www.ahajournals.org/doi/10.1161/CIRCEP.119.007988>.

NOURI, S.: "The Role of Bias in Artificial Intelligence", disponible en: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2021/02/04/the-role-of-bias-in-artificial-intelligence/?sh=48aldlad579d>

QUIJANO, A.: "Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America", *International Sociology*, vol. 15, núm. 2, 2000.

SENEOR, A., y MEZZANOTTE, M.: "Open source data bases: How to reduce bias in AI", publicado 14 octubre 2022 en World Economic Forum, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2022/10/open-source-data-science-bias-more-ethical-ai-technology/#:~:text=Bias%20in%20AI%20is%20when,biological%20sex%2C%20nationality%20or%20age>.

SIMONITE, T.: "The best algorithms struggle to recognize black faces equally", publicado 22 julio 2019, disponible en: <https://www.wired.com/story/best-algorithms-struggle-recognize-black-faces-equally/>.

ZOU, J, y SCHIEBINGER, L.: "AI can be sexist and racist – it's time to make it fair," publicado 18 julio 2018, disponible en: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-05707-8>.



IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO  
EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

*JUDICIAL CHALLENGE OF ADMINISTRATIVE ACTS AND  
RESPONSIBILITY OF THE STATE IN THE ARGENTINE REPUBLIC*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 516-529*



Mauricio  
GOLDFARB

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de febrero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** La elección de la vía procesal más idónea para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por actos ilegítimos depende de las circunstancias de hecho a probar y de la naturaleza de los daños reclamados. En este trabajo se comparan tres tipos de acciones diferentes previstas en el ordenamiento jurídico argentino (acción de amparo, medida autosatisfactiva y acción procesal administrativa), con requisitos, presupuestos y objetos diversos, y se señalan sus ventajas y desventajas.

**PALABRAS CLAVE:** Tutela judicial efectiva; derechos humanos; reparación plena; falta de servicio.

**ABSTRACT:** *The choice of the most suitable procedural route to enforce the responsibility of the State for unlawful acts depends on the factual circumstances to prove and the nature of the damages claimed. In this work, three different types of actions of the Argentinian law are compared (amparo action, self-satisfying action and administrative procedural action), with different requirements, budgets and objects, and their advantages and disadvantages are pointed out.*

**KEY WORDS:** *Effective judicial protection; human rights; full reparation; lack of service.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.- III. LOS ACTOS SUSCEPTIBLES DE GENERAR RESPONSABILIDAD.- IV. LAS POSIBLES VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA VALIDEZ DEL ACTO.- V. LA DEMANDA SIMULTÁNEA O SUCESIVA DE LOS DAÑOS. VI. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN CUANDO SOLO SE RECLAMA LA ILEGITIMIDAD Y NO LOS DAÑOS. VII. CONCLUSIONES.**

---

## **I. INTRODUCCIÓN.**

En este trabajo analizaremos dos cuestiones que, por su complejidad y las particularidades que presentan, a menudo resultan desconocidas por quienes no se especializan en Derecho Administrativo, y que, por consiguiente, llevan a muchos casos de frustración o pérdida de los derechos sustantivos. El objeto de análisis serán las distintas vías de impugnación judicial de los actos administrativos, en los casos en que esta impugnación se utiliza como medio para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en la República Argentina.

Para ello, definiremos el marco conceptual de los principios de responsabilidad estatal, de los actos administrativos susceptibles de generar responsabilidad y de las vías procesales judiciales para lograr su revocación y la reparación de los daños, exponiendo las vías posibles de impugnación, con sus ventajas y desventajas.

Finalmente, expondremos algunas conclusiones y recomendaciones a modo de colofón, que entendemos pueden ser de utilidad a profesionales y particulares que decidan reclamar por los daños producidos por actos administrativos.

## **II. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.**

La responsabilidad del Estado ha sido siempre un asunto de gran relevancia por su vinculación directa con los fundamentos mismos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Un orden jurídico que no repare los daños que causa la actividad o inactividad estatal no puede ser admitido a esta altura del desarrollo de la ciencia jurídica. Con acierto se ha señalado que la responsabilidad por los actos estatales funciona como garantía de las garantías ya que sin el que sin el reconocimiento de la responsabilidad del Estado carecían de sentido las demás garantías que reconoce el orden constitucional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> COMADIRA, J.: *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

### **• Mauricio Goldfarb**

Abogado (1994, UNNE). Medalla de oro y Premio Facultad de Derecho al primer promedio de la promoción 1994 de la carrera de abogacía. Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación año 1994 al primer promedio entre los egresados de abogacía de las Universidades argentinas. Especialista en Derecho Administrativo (2012, UNNE); Especialista en Derecho Administrativo y Financiero de la Universidad de Salamanca, España (2017) Doctor en Derecho (2017, UNNE).

Sin embargo, durante mucho tiempo las conductas de los funcionarios estatales estuvieron exentas de reproches y de consecuencias disvaliosas, tanto para ellos a título personal como para el propio Estado. Recién después de la consagración de los estados constitucionales y el imperio de la ley como principio, se consolidó la idea de que los derechos de los particulares no pueden ser negados o afectados, sin que se genere una correlativa obligación de reparar. Con la posterior consolidación del Sistema Internacional de Derechos Humanos, esta idea no solo se consolidó, sino que avanzó hacia el paradigma de la prevención de los daños y su inmediata restitución al estado anterior a la violación<sup>2</sup>.

En el sistema federal argentino, entre las materias no delegadas se encuentran las normas de derecho administrativo cuya regulación, a diferencia de las normas civiles, laborales o penales, no corresponden al Congreso de la Nación sino a cada una de las legislaturas provinciales. Toda vez que la regulación de la cuestión de la responsabilidad estatal está incluida dentro de la materia administrativa, cada jurisdicción conserva la potestad legislativa al respecto<sup>3</sup>. Empero, como el estado federal también realiza función administrativa propia, es necesario regular también la cuestión de la responsabilidad respecto de la actuación de sus órganos.

Sin embargo, los reclamos indemnizatorios no tuvieron acogida favorable hasta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el *leading case Devoto* de 1933. En su sentencia, el máximo tribunal condenó al Estado Nacional como responsable de los daños causados por un incendio causado por la imprudencia de un grupo de empleados del telégrafo aplicando las reglas de la responsabilidad por los hechos de los dependientes (art. 1113 CC). Esta jurisprudencia fue ratificada luego en los autos *Ferrocarril Oeste* de 1937, donde ya se hizo referencia al deber de los funcionarios de actuar regularmente (art. 1112 CC) y en las causas posteriores llegadas a consideración del alto tribunal.

En 1984, la Corte Suprema dictó un fallo muy importante sobre la materia en causa *Vadell*. La sentencia, referida a los daños causados a un particular por la deficiente actuación del Registro de la Propiedad Inmueble, declaró la responsabilidad estatal con base en la existencia de una "falta de servicio", responsabilizando al Estado por no cumplir sino de un modo irregular las funciones a su cargo (art. 1112 CC entonces vigente). Además, se aclaró expresamente que la responsabilidad estatal era directa y sin necesidad de demostrar culpa o dolo del funcionario.

2 CASSAGNE, J.: "El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", *La Ley*, 2014 C.

3 GELLI, M.: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2013; ROSATTI, H.: "Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina", en AA.VV. *Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

Esta aplicación de las normas y principios del Código Civil, admitida por los civilistas por considerar que se trataba de un capítulo del derecho de daños era, sin embargo, resistida por los administrativistas que insistían en el carácter público de la responsabilidad estatal y su consiguiente pertenencia al subsistema de derecho administrativo<sup>4</sup>.

Lo cierto es que, siguiendo a la Corte Suprema, todos los tribunales del país -federales y locales- recurrieron a las normas constitucionales y civiles para ordenar la reparación de los daños y perjuicios causados tanto por la actividad ilegítima como legítima del estado y sus funcionarios, desarrollando una jurisprudencia muy rica y detallada. Las normas del Código Civil y, especialmente, las pautas elaboradas por la jurisprudencia de la Corte Suprema se aplicaban -hasta 2014- tanto al Estado Nacional, como a las provincias y los municipios

En una continuidad de esta línea jurisprudencial, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial incluía la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en los artículos 1764 al 1766 como un supuesto especial de responsabilidad, acogiendo la tesis de que se trataba de una materia de fondo común a todo el país y propia del derecho de daños. Sin embargo, en el proyecto definitivo enviado por el Poder Ejecutivo, se modificaron estos 3 artículos y se estableció que las normas generales de responsabilidad civil no son aplicables al Estado ni a sus funcionarios, ni de manera directa ni subsidiaria. De este modo, prevaleció la postura de la doctrina administrativista que reclamaba como propia del derecho público la regulación de esta materia y no como un tema perteneciente al campo de la responsabilidad civil<sup>5</sup>.

La ausencia de una legislación específica sobre la cuestión se modificó cuando el 2 de julio de 2014 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26944, denominada de Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos y, poco tiempo después, entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La ley 26944 de Responsabilidad del Estado (LRE) rige la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas (art. 1). El mismo artículo define a la responsabilidad del Estado como objetiva y directa. Además, en coincidencia con los ya mencionados arts. 1764/66 Código Civil y Comercial, establece que las normas civiles no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

---

4 CASSAGNE, J.: "Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema", *La Ley* 2000-D.

5 BALBIN, C.: *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2013.



El esquema de la ley se basa en distinguir la responsabilidad extracontractual en aquellos supuestos en que resulta de la actividad o inactividad ilegítima (con muchas notas comunes con el derecho privado) de los casos de responsabilidad por actividad legítima (típica y exclusiva del derecho público). Así, en su artículo 3 exige para el primer caso:

a) daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;

b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;

c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;

d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. La LRE aclara que, en el caso de la omisión, sólo se genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

En cambio, en el caso de actividad legítima -que la ley califica de "excepcional"- además de los requisitos a y b (daño e imputabilidad), para que surja responsabilidad del estado se exige:

c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;

d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño;

e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, por la afectación de un derecho adquirido.

Pero no solo los requisitos son diferentes para que se admita la responsabilidad por actividad o inactividad lícita. También difiere el alcance de la reparación, ya que, en este último caso, cuyo reconocimiento es además excepcional, no procede la reparación del lucro cesante y solo comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad de la autoridad, en una interpretación extensiva de la restricción que corresponde en el caso de expropiación por causa de utilidad pública. La LRE precisa también la relación entre la responsabilidad el Estado y los concesionarios o contratistas de los servicios públicos por cuya actividad no responde, ni aun en forma subsidiaria (art. 6).

Además, la LRE incluye normas de claro corte procesal. Así se establece el plazo de prescripción para demandar tanto a los funcionarios como al Estado,

como la acción de repetición del Estado contra sus empleados declarados responsables, plazo que se fija en todos los casos en 3 años, computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción quedó expedita (arts. 7 y 9). La acción indemnizatoria puede iniciarse conjuntamente con la acción de nulidad o inconstitucionalidad de los actos o después de finalizado este primer proceso (art. 8).

### III. LOS ACTOS SUSCEPTIBLES DE GENERAR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

El primer paso es delimitar el acto administrativo susceptible de generar responsabilidad. Un primer concepto por dejar en claro es que, dejando de lado los hechos o conductas materiales y los contratos administrativos -que también pueden generar el deber de reparar de la Administración- solo nos ocuparemos de los verdaderos actos administrativos que generan o pueden generar responsabilidad.

El acto administrativo es una declaración de voluntad, realizada por la Administración a través de sus funcionarios -o por los poderes legislativo o judicial o las personas no estatales en ejercicio de función administrativa- que produce una modificación en la esfera de los derechos de los particulares<sup>6</sup>.

Para que el acto goce de plena validez es necesario que estén presentes todos los elementos del acto: que sea dictado por un órgano dotado de la competencia para el dictado del acto, que responda a los antecedentes de hecho y de derecho que lo motivan (causa), que estos motivos se hallan debidamente explicitados, a través de un procedimiento previsto en la norma, cumpliendo la finalidad para la cual fue establecida la competencia, con la forma y los demás requisitos que fija el ordenamiento.

El acto así dictado posee de presunción de legitimidad y ejecutoriedad (art. 12 de la Ley 19549). Esto es, se lo presume -salvo prueba en contrario- como concorde con el resto del ordenamiento y, como derivación, se puede hacer cumplir de manera coercitiva sin necesidad de recurrir a otros órganos estatales.

Es importante señalar que cuando nos referimos al acto, lo es en el sentido de acto ejecutorio como aquel acto que exterioriza la voluntad de la Administración y altera la situación jurídica previa, no a los meros actos internos o preparatorios, que aun cuando poseen naturaleza administrativa, no son el acto en sentido estricto (p.e. un dictamen o un informe técnico preliminar).

---

6 MARIENHOFF, M.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

Cuando el acto administrativo ejecutorio se halla viciado, porque uno o varios de los elementos no aparecen completos, se genera un vicio de nulidad o anulabilidad, según la gravedad del vicio<sup>7</sup>. Este obrar irregular de la Administración, si causa perjuicio a los particulares, permite a estos reclamar, demostrando la existencia efectiva de perjuicios, la relación de causalidad adecuada con la conducta de los funcionarios, la imputabilidad de la conducta y la existencia de un obrar irregular, la reparación de esos daños.

Pero para que se pueda hacer efectiva la responsabilidad, por regla, es requisito previo que se declare la nulidad o anulabilidad del acto. Para ello, el afectado deberá promover algunas de las acciones que veremos a continuación. Esta regla tiene una excepción: el caso de la responsabilidad por actividad lícita. En este caso, el acto no está viciado, sino que es la propia Administración la que, por razones de oportunidad, por una nueva valoración del interés social, decide modificar su anterior decisión. En tal caso, si esta nueva valoración afecta derechos subjetivos, surge también el deber de reparar cuando además de perjuicios imputables a la actuación u omisión estatal, vinculados causalmente de manera directa con los daños, se provoca un sacrificio especial, causando un daño que el afectado no tiene el deber de soportar. Por ejemplo, la Administración había habilitado la instalación de un bar en la playa, y luego decide que es mejor retirar las construcciones, para no obstaculizar la vista del río.

#### IV. LAS POSIBLES VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LA VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Veamos ahora las distintas vías de impugnación judicial de los actos administrativos. Un acto emanado de la Administración puede ser impugnado -por razones de ilegitimidad- por vía de:

a) Acción de Amparo: Se trata de una acción sumarísima, en la que se sostiene la ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta del acto, donde puede solicitarse la restitución de las cosas a su estado anterior, que en los hechos opera como una forma de hacer efectiva la responsabilidad. Reconocida en el art. 43 de la Constitución Nacional<sup>8</sup> como regla, se excluyen las cuestiones que requieren de mayor debate y prueba, y está sujeta a un plazo de caducidad de 15 días desde la

7 HUTCHINSON, T.: *Ley de procedimientos administrativos comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

8 Constitución Nacional, Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

emisión/notificación del acto lesivo, aun cuando este requisito se flexibiliza en los casos de ilegalidad continuada. La pretensión puede ser incoada para la defensa de derechos individuales o colectivos. En su caso, puede plantearse solo la ilegitimidad de la conducta o solicitarse también la reparación de los daños causados.

b) Medida Autosatisfactiva: Se trata de una acción en la que el contradictorio se halla diferido como regla, y que exige la acreditación de una muy alta certeza del derecho alegado. En los hechos requiere de una mayor verosimilitud del derecho que una medida cautelar, lo que dificulta su admisibilidad, pero no está sujeta a plazo de caducidad como el amparo. Como regla, solo podría tutelarse un derecho individual.

c) Acción procesal administrativa: Es el procedimiento ordinario para la declaración de nulidad de un acto administrativo, en el que puede hacerse valer con toda amplitud el derecho de alegar y probar tanto la ilegitimidad como los eventuales daños. Pero, en esta acción es muy importante distinguir los casos en los que solo se reclama la nulidad o anulabilidad, de aquellos en los que, junto a esta pretensión se incoa la de reparación de los daños de manera simultánea. Es decir que el particular puede, a su elección, formular la pretensión de nulificar el acto y ya demandar la reparación o, luego de concluido satisfactoriamente el primer proceso, reclamar los daños<sup>9</sup>. Lo que nunca podría hacer, porque su acción sería desestimada es reclamar los daños sin cuestionar la legitimidad y probar la irregularidad del acto (con la excepción que ya vimos, de la responsabilidad por actividad lícita). La acción puede involucrar tanto la defensa de intereses individuales como colectivos.

Comparemos ahora cuales son las principales ventajas y desventajas de cada uno de estas vías procesales. En el caso del amparo, aparecen como ventajas su el trámite sumarisimo y la rapidez de la resolución. En cambio, es notorio que encuentra limitaciones también importantes: solo procede cuando la ilegalidad es manifiesta, y no puede extenderse la prueba a cuestiones complejas. El plazo de caducidad también es una limitante. Y, subrayemos que, en el actual sistema normativo tanto nacional como provincial, la promoción del amparo no suspende ni interrumpe el plazo para la promoción de la acción procesal administrativa ordinaria (90 días hábiles en el ámbito federal).

En caso de las medidas autosatisfactivas -no reguladas ni en el fuero federal ni en el procesal administrativo correntino- aparecen aún mayores restricciones respecto de su procedencia, ya que se requiere una casi certeza de la verosimilitud del derecho. La presunción de legitimidad del acto aparece aquí como un obstáculo en la mayoría de los casos, salvo notorias y muy graves situaciones. Entre

---

9 BALBÍN, C.: *op. cit.*

las posibles ventajas podemos señalar que, de obtenerse un pronunciamiento favorable, el recurso debe concederse con efecto devolutivo, a diferencia de la definitiva del amparo. Pero también es cierto que esta última acción va, por lo general, acompañada de una medida cautelar, cuya resolución si debe concederse solo con efecto devolutivo. De este modo, concedida la tutela cautelar favorable, la situación procesal es similar a la de la autosatisfactiva.

La acción procesal administrativa es la vía ordinaria prevista en los códigos de rito para la impugnación de actos administrativos, y además es la que mayor amplitud de debate y prueba permite. Por otra parte, como ya vimos, el plazo para su promoción es mucho más amplio que el del amparo. Sin embargo, como regla se exige el agotamiento de la vía administrativa previa –lo que puede demorar un largo tiempo- una condición que no aparece en las otras dos vías procesales. Además, el mismo trámite amplio conspira contra su celeridad, sin contar con las múltiples instancias posteriores a la sentencia.

## V. LA DEMANDA SIMULTÁNEA O SUCESIVA DE LOS DAÑOS.

¿Cuáles son las razones para que un actor reclame solo la nulidad y no incluya ambas pretensiones? A simple vista, no tendría mucho sentido reclamar solo la nulidad del acto y no incluir la pretensión reparatoria, especialmente considerando los dilatadísimos tiempos que demanda un proceso en la Argentina. Sin embargo, a poco de que se examine la cuestión, aparecen las razones por las que –a menudo- suele optarse por la pretensión única de nulificar el acto, dejando para un eventual proceso posterior el reclamo de los daños. A nuestro juicio, las dos principales razones que llevan a esta elección son las siguientes:

a) La primera razón se vincula con la inmediatez del reclamo. Es habitual que, en los reclamos de nulidad, el plazo que insume la preparación de la acción -mucho más escaso que en el caso de las acciones civiles- se destina principalmente a sostener la invalidez del acto, dejando de lado, al menos momentáneamente, la estimación de los daños. Además, esta determinación no siempre es precisa en un primer momento, corriendo el riesgo de dejar fuera del reclamo a algunos daños o a rubros enteros que se verifican o se hacen más visibles a posteriori.

b) La segunda razón se refiere a los costos del proceso. Una acción que solo tiene por objeto la mera nulidad del acto, aun cuando se incluya la pretensión de retrotraer los efectos del acto, será considerada normalmente como de monto indeterminado, generando que tanto la tasa de justicia, como los eventuales honorarios (de la instancia principal y de los incidentes) sean mucho menores que en el caso de que se reclamen los daños de manera conjunta (y especialmente si estos son muy significativos). Además, si se obtiene una sentencia favorable, el segundo proceso posee un carácter relativamente sencillo, toda vez que ya no se

discutiría la existencia de responsabilidad, sino la mera existencia y extensión de los daños.

## **VI. EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN CUANDO SOLO SE RECLAMA LA ILEGITIMIDAD Y NO LOS DAÑOS.**

Una cuestión no menor se vincula con el plazo de prescripción de los daños cuando, cualquiera sea la vía de impugnación. Si la acción de nulidad va acompañada de la pretensión de reparación, especialmente cuando se utiliza la vía ordinaria, no hay cuestión alguna. Sin embargo, cuando solo se plantea la nulidad del acto: ¿Cuál es y cuándo inicia el plazo de prescripción? Para ello debemos tener en cuenta si estamos en presencia de un caso federal -donde se aplica la LRE- o un caso provincial, en el que se aplican las leyes de procedimiento administrativo de la provincia que corresponda. En ambos casos, en la actualidad el plazo es de 3 años, pero podría ser diferente, por tratarse de normas de fondo de distinto origen.

En el caso de un reclamo sucesivo, el plazo comienza a partir de la existencia de una sentencia firme que declare la nulidad del acto, momento en que aparece la causa suficiente para el reclamo de responsabilidad y queda expedita la vía de reclamo de los daños.

Pero recordemos que en el caso de la responsabilidad por actividad lícita no debe plantearse la nulidad del acto, por lo que el plazo de prescripción inicia con la notificación o publicación del acto generador de perjuicios a título de sacrificio especial y sin el deber de soportar el daño.

## **VII. CONCLUSIONES.**

En los capítulos anteriores hemos expuesto las diferentes vías procesales que pueden hacerse valer para responsabilidad del Estado por actos administrativos ¿Cuál es la más adecuada? ¿Cuál es la menos conveniente? Pues la respuesta depende del tipo de daños que se reclaman y de las circunstancias de hecho que rodean el caso. Por ejemplo, si se trata de una cuestión compleja y que requiere abundante prueba pericial, testimonial o de informes, la vía del amparo y la autosatisfactiva quedarían descartadas. Pero si lo que se necesita es una respuesta jurisdiccional rápida y estamos en presencia de un acto manifiestamente arbitrario o ilegal de fácil apreciación, la solución sería la opuesta. Lo mismo ocurre si se trata de un caso que involucra derechos exclusivamente individuales o de incidencia colectiva, lo que puede inclinar la balanza en uno u otro sentido.

Por supuesto que, si se trata de un caso de responsabilidad por actividad lícita, al no demandarse la nulidad del acto, solo cabe la promoción de una acción contencioso administrativa, en la que se acrediten los extremos para que proceda

la reparación (daño, relación de causalidad, imputabilidad, sacrificio especial y que no exista el deber de soportar el daño).

Por último, no menos importante es conocer los criterios jurisprudenciales vigentes en el fuero competente. Algunos jueces son más permeables a la promoción de amparos o autosatisfactivas, mientras que otros sostienen posiciones altamente restrictivas, y se inclinan por la inadmisibilidad de las vías excepcionales en caso de dudas. En consecuencia, dependerá mucho de la habilidad y el conocimiento del letrado, exponiendo y planteando adecuadamente su pretensión, para poder lograr una tutela efectiva y adecuada de los derechos involucrados.

## BIBLIOGRAFÍA

BALBÍN, C.: *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

CASSAGNE, J.:

- “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas” *La Ley*, 2014 C.
- “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2000-D.

COMADIRA, J.: *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

GELLI, M.: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2013.

HUTCHINSON, T.: *Ley de procedimientos administrativos comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

MARIENHOFF, M.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

ROSATTI, H.: “Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina”, en AA.VV.: *Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.





UN ACERCAMIENTO A LA COMPETENCIA DE LOS  
ENTES LOCALES PARA REGULAR EL BURKINI

*AN APPROACH TO THE COMPETENCE OF LOCAL  
AUTHORITIES TO REGULATE THE BURKINI*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 530-549*

Gabriel LUJÁN  
MATOS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 11 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Parece que en España se está reabriendo el conflicto del burkini, tanto en la esfera jurídico-pública como jurídico-privada. Recientemente, Vitoria y Elche se han pronunciado en su normativa local al respecto, y una sentencia de Almería resuelve una controversia en una piscina comunitaria. En nuestro país vecino, es un tema con más recorrido, tanto legal como jurisprudencialmente. El presente trabajo pretende abordar si el burkini es una manifestación de un derecho fundamental y, si tanto en uno como en otro caso, los Ayuntamientos tienen competencia para su regulación.

**PALABRAS CLAVE:** Burkini; laicidad; orden público; salubridad; libertad religiosa.

**ABSTRACT:** *It seems that the burkini conflict is being reopened in Spain, both in the public and private legal sphere. Recently, Vitoria and Elche have pronounced in their local regulations on the matter, and a sentence of Almería resolves a controversy in a community swimming pool. In our neighboring country, it is an issue with a longer legal and jurisprudential path. This paper aims to address whether the burkini is a manifestation of a fundamental right and, whether in either case, municipalities have competence for its regulation.*

**KEY WORDS:** *Burkini; secularism; public order; religious freedom; healthiness.*

**SUMARIO.-** I. LA PROBLEMÁTICA DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ESPACIO PÚBLICO.- 1. Consideración general sobre el derecho a la libertad religiosa y la simbología religiosa.- 2. La simbología religiosa del islam.- II. LAS REGULACIONES NACIONALES LIMITATIVAS DEL VELO.- 1. El caso francés: la ley de 11 de octubre de 2010.- A) *Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación.*- B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos S.A.S v. France.*- 2. El caso belga: las ordenanzas y la ley de 1 de junio de 2011.- A) *Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 2012.*- B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Balacemi et Oussar c. Belgique.*- 3. El caso suizo: las prohibiciones generales e iniciativas populares.- III. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE REGULAN EL BURKINI.- 1. La regulación del burkini en Francia.- 2. La regulación del burkini en España.- IV. ¿TIENEN REALMENTE LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES COMPETENCIA PARA REGULAR EL BURKINI?.- 1. El burkini no queda amparado por ningún derecho fundamental.- 2. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero sí existe norma de cobertura para su limitación.- 3. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero no existe norma de cobertura para su limitación.- V. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. LA PROBLEMÁTICA DE LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ESPACIO PÚBLICO.

### I. Consideración general sobre el derecho a la libertad religiosa y la simbología religiosa.

La Constitución española consagra -conjuntamente a la libertad ideológica y de culto- el derecho a la libertad religiosa (art. 16.1) y, como es sabido, este se compone de una doble dimensión: la interna (el “claustró íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual<sup>1)</sup>) y la externa (la expresión de esas creencias); encuadrándose la simbología religiosa en esta segunda dimensión, que puede ser estática (cuando se localiza en un punto fijo) o dinámica (cuando se usan determinadas prendas y vestimentas).

A este respecto, es cuestión asentada en la doctrina que la previsión que hace el inciso primero del art. 16.3 de la Constitución (principio de aconfesionalidad) debe entenderse de forma que el Estado no puede adoptar una posición hostil frente al hecho religioso, y que el inciso segundo del mismo precepto incorpora otro principio general del Derecho Eclesiástico del Estado (principio de cooperación). Por ello, “las manifestaciones religiosas pueden y deben tener lugar en el ámbito social y público, presidido por la neutralidad religiosa de los poderes públicos<sup>2)</sup>”.

1 STC 177/1996, de 11 de noviembre (RTC 1996, 177).

2 CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Símbolos religiosos en un Estado Democrático y Plural”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 10, 2010, p.5.

#### • Gabriel Luján Matos

Graduado en Derecho por la Universitat de València. Becario de colaboración, Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: gabriluj@ucm.es.

No obstante, no existen derechos fundamentales absolutos o ilimitados<sup>3</sup>, y los poderes públicos, en ocasiones, establecen regulaciones limitativas que tendrán cabida si opera justificación objetiva y razonable. Así las cosas, el conflicto simbología religiosa-orden público es un problema recurrente cuando nos referimos a determinada simbología, como, por ejemplo, la relativa al islam o al sijismo.

## 2. La simbología religiosa dinámica del islam.

No trataremos en el presente artículo con detalle si las múltiples manifestaciones del velo islámico tienen la consideración de símbolo religioso o no, pues se trata esta de una materia manida. Nos limitaremos a recordar, por lo tanto, que “desde el punto de vista del art. 16.I CE (...) no se le podría negar su carácter de expresión de una determinada ideología que, en cuanto libertad constitucional, tiene el mismo tratamiento que la libertad religiosa”<sup>4</sup> (STS 14 marzo 2013) y a hacer, a modo de *obiter dictum*, una breve mención de los símbolos masculinos: pudiera parecer que el tratamiento de estos últimos es diferente, pues, mientras que el velo sí encuentra previsión expresa en el Corán -y de cuyas interpretaciones se deriva por algunos su carácter imperativo-, los tocados que cubren la cabeza de los varones musulmanes lo hacen en la Sunna, siendo, simplemente, “un comportamiento de emulación recomendable”<sup>5</sup>; alusión que ni siquiera alcanza el burkini al tratarse de un elemento de nueva creación y, en consecuencia, no encontrando, a nuestro saber y entender, razón objetiva y suficiente en Derecho como para ser una manifestación del art. 16.I de la Constitución, sino más bien, y en su caso, del art. 18.I (propia imagen) en su dimensión subjetiva, “que permite a la persona que pueda determinar la imagen que quiere proyectar a los demás, sin más limitaciones que las objetivas y razonables según las circunstancias”<sup>6</sup>. Sin embargo, respecto de las limitaciones circunscritas a las relaciones de especial sujeción (los funcionarios con la Administración correspondiente, los alumnos con el ente educativo o los reclusos con la Administración penitenciaria), sean símbolos masculinos o sean femeninos, el tratamiento es idéntico habida cuenta de que dichas normas tienen como objetivo todo signo religioso.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que únicamente se han planteado prohibiciones generales con respecto a determinadas prendas femeninas (burka y nicab), y no así con las masculinas, pero ello se explica fácilmente en la medida

3 Entre otras, vid. SSTC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11), 2/1982, de 29 de enero (RTC 1982, 2) y 254/1988, de 21 de diciembre (RTC 1988, 254).

4 STS 14 marzo 2013 (ROJ 693, 2013).

5 LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: “Simbología islámica masculina y libertad religiosa”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, núm. 25, 2022, p.29.

6 GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E.: “El derecho a la propia imagen en su dimensión subjetiva y los códigos de indumentaria laboral”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, p.86.

en que estas últimas cubren la cabeza pero no el rostro en su totalidad, siendo aquellos que portan los turbantes, por lo tanto, perfectamente identificables<sup>7</sup>. De una u otra forma, “cualquier debate sobre el tema del simbolismo sólo puede mantener como denominador común la cuestión inherente a la identidad, tanto colectiva como individual”<sup>8</sup>.

Ciertamente, la relevancia reside en el hecho de que los debates en torno a la prohibición del velo están arraigados en un temor o rechazo hacia el componente islámico, que se fundamenta en la noción de que tanto las vestimentas masculinas como femeninas asociadas a esta cultura suscitan una connotación de radicalismo y de comisión de actos terroristas<sup>9</sup>; misma reflexión que la vertida durante el debate parlamentario de la ley belga, de 1 de junio de 2011, por la que se prohíbe el uso de cualquier prenda que oculte total o principalmente el rostro: “para los musulmanes será un alivio la prohibición de estos atuendos, puesto que ya no podrán ser considerados extremistas, disipándose los prejuicios”<sup>10</sup>.

## II. REGULACIONES NACIONALES LIMITATIVAS DEL VELO.

En la medida en que pretendemos abordar con qué competencias cuentan los Ayuntamientos españoles para la regulación del burkini, y, precisamente, España no tiene en su ordenamiento una ley que prohíba con carácter general las manifestaciones del velo -la cual, eventualmente, y de acuerdo con una de las posturas que desarrollaremos, podría haber sido la cobertura normativa para las ordenanzas en la materia<sup>11</sup>-, vemos conveniente hacer una comparación entre las regulaciones de aquellos Estados que, efectivamente, han apostado por establecer una prohibición general *ex lege*.

7 Tengamos presente que el hecho de que una prenda cubra más o menos el rostro no es cuestión baladí. Tiene una relación directa con que la regulación limitativa reúna las notas de objetividad y razonabilidad que apuntábamos antes. Vid. STEDH “Mann Singh v. France” 27 noviembre 2008 n° 24479/07 (ECLI:CE:ECHR:2008:1113DEC002447907), donde, con relación a la fotografía del documento de identidad, se entiende vulnerado el derecho a la libertad religiosa porque el turbante permite identificar perfectamente el rostro.

8 ROTONDO V.: “Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de Casación italiano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024, p. 209.

9 En este sentido, vid. CAÑAMARES ARRIBAS, S.: “Extremismo, radicalización violenta y libertad religiosa: límites del control estatal”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 46, 2018.

10 RUIZ RUIZ, J.J.: “Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2013, p.9.

11 Resulta capital la referencia a la reserva de ley, que habrá de ser además orgánica, porque, conjuntamente a la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, es requisito para poder establecer limitaciones a los derechos fundamentales. A este respecto, vid. las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 2017), y 42/1987, de 7 de abril (RTC 1987, 42).

## I. El caso francés: la ley de 11 de octubre de 2010.

Partimos de la consideración general de que el concepto de laicidad en Francia se ha caracterizado por su naturaleza mutable, pues, si originariamente era entendido en un sentido negativo, como forma de evitar que la religión se inmiscuyese en la vida pública, en la actualidad parece hacerlo en un sentido positivo, esto es, como forma de permitir el ejercicio del derecho de libertad religiosa de todos los ciudadanos. De todo ello extraemos, pues, que el modo de vida francés y los valores que definen a la República francesa resultan capitales para entender el encaje de las prohibiciones.

La Ley 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, es la que se encarga de prohibir, con carácter general, el burka en los espacios públicos. Es, sorprendentemente, escueta: presenta apenas siete preceptos, de los cuales nos interesan los cuatro primeros -y, particularmente, el art. 2.2-. Así, el primero prohíbe mostrarse en el espacio público con el rostro cubierto (lo que evidencia que la Asamblea Nacional, aparentemente, no la creó ad hoc para prohibir el velo integral, recogiendo, pues, las valoraciones emitidas por los diferentes organismos); el segundo, en su apartado primero, define qué se entiende por espacio público, y, en su apartado segundo, establece una serie de excepciones; el artículo tercero impone la pena de multa y un curso de ciudadanía; y el cuarto tipifica como delito obligar a otros a ocultar su rostro.

Concretamente, el párrafo segundo del artículo segundo establece las siguientes reservas: motivos de salud, profesionales, práctica de festivales o acontecimientos deportivos, artísticos o tradicionales. De este modo, aunque no se prevea expresamente en su articulado una prohibición expresa del burka o nicab en los espacios públicos, como lo que sí contempla son los acontecimientos tradicionales como excepción de esa prohibición, y, además, el entonces Ministro de Justicia dictó varias circulares donde establecía que las procesiones religiosas quedaban enmarcadas dentro de los anteriores, se puede entender que se está otorgando un trato de favor al catolicismo en detrimento del islam. Dicho de otro modo, esta ley es neutral, pero solo en apariencia, porque tiene el efecto de aplicarse de manera esencial y potencial sobre el burka o nicab<sup>12</sup>.

### A) Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación.

La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación se pronunció sobre la conformidad a Derecho de la Ley respecto de dos asuntos: el primero de ellos sobre la negativa a descubrirse el rostro frente a un funcionario por parte de un manifestante, y el

12 Vid. Chassang C.: "La CEDH et la loi du 11 octobre 2010: une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public", *Recueil Dalloz*, núm.30, 2014, pp. 1701-1707.

segundo, respecto a la imposición como pena del curso de ciudadanía sin haber requerido consentimiento previo<sup>13</sup>.

Así, el Tribunal de Casación vino a recordar, frente a las alegaciones vertidas por los recurrentes -y especialmente respecto del segundo caso, donde se cuestiona que la medida sea acorde con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-, que no hay derechos absolutos y que la libertad religiosa está sujeta a las restricciones previstas para la consecución de los objetivos legítimos del art. 9.2; entendiendo el Tribunal, por lo tanto, que la injerencia que produce la Ley tiene cobertura sobre la base -afirma expresamente- de proteger el orden público y la seguridad.

#### B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos S.A.S. v. France.*

Resulta llamativo que, en el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la recurrente afirme que porta el velo integral por decisión propia en cumplimiento de sus creencias religiosas, y sin que exista ningún tipo de presión masculina. Y para ello alega en los motivos de su recurso, individualmente, los artículos del Convenio relativos a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, y de expresión; y todos ellos en combinación con la discriminación por razón de religión.

Con todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avaló la ley francesa<sup>14</sup>, si bien, no sobre la base de la seguridad pública (línea defendida tanto por el Gobierno Francés como por el Tribunal de Casación), respecto de la cual afirma que “no puede considerarse proporcionada más que en un contexto de amenaza general de la seguridad pública y el gobierno francés no ha demostrado que la prohibición que establece la Ley de 11 de octubre de 2010, se ajusta a este contexto”<sup>15</sup>, ni tampoco la dignidad humana, pues, “considera que contribuye al pluralismo del cual se nutre la democracia”<sup>16</sup>; sino sobre el margen de apreciación del Estado francés, que queda comprendido dentro de uno de los tres valores de la República: la fraternidad.

## 2. El caso belga: las ordenanzas y la ley I de junio de 2011.

En el año 2004 diversos municipios -Bruselas-Oeste, Maaseik, Flandes, Bruselas, Schaerbeek, Saint-Josee-ten Nood y Evere-, en ejercicio de su potestad reglamentaria y bajo la previsión constitucional de la neutralidad religiosa, dictaron ordenanzas por medio de las cuales se prohibía el velo en los espacios públicos. No

13 *Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle* 5 marzo 2013 (n° 12-82.852).

14 STEDH “S.A.S. v. France” 1 julio 2014 (n°43835, 11).

15 ARECES PIÑOL, M.T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit., p.34.

16 ARECES PIÑOL, M.T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, cit., p.37.



obstante, esta regulación es desigual en la medida en que la pena impuesta para el caso de su incumplimiento oscila entre 150-200 euros en función del municipio.

El Consejo de Estado se acabaría pronunciando sobre estas medidas, afirmando al respecto que resultaban admisibles sobre la base del principio de legalidad y de neutralidad religiosa<sup>17</sup>. No obstante, el carácter no armonizado de las penas y el instrumento jurídico utilizado hasta el momento, las ordenanzas, propició la necesidad de una ley. En palabras de la profesora Torrekens: “en efecto, progresivamente, se impuso la necesidad de una ley federal habida cuenta de la fragilidad jurídica de decisiones locales que limitaban derechos fundamentales como la libertad de culto y la circulación en el espacio público”<sup>18</sup>.

Y si decíamos que la ley francesa es escueta, la ley belga, de 1 de junio de 2011, lo es más aún, pues únicamente incorpora tres artículos, siendo la modificación más evidente con respecto a la primera proposición de ley el hecho de no incorporar una definición tan exhaustiva de qué se entiende por espacio público.

A) *La Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 2012.*

En la línea de lo sucedido con el caso francés, la ley belga también se vio sometida a impugnaciones, conociendo la Corte Constitucional en el año 2012 de cinco recursos acumulados, y siendo especialmente llamativo que, de esos cinco recurrentes, dos fueran de mujeres belgas no musulmanas. Lo que dirime el Tribunal, no obstante, es si se ha producido, o no, una injerencia ilegítima en el derecho de libertad religiosa, procediendo a analizar para ello los tres motivos esgrimidos por el Consejo de ministros: seguridad pública, vida en comunidad e igualdad de sexos<sup>19</sup>.

Por cuanto al primero de ellos, y sirviéndose del argumento de la necesaria identificación para el caso de eventuales comisiones de ilícitos penales, entiende que es un objetivo legítimo, y, además, que es proporcional aunque en ese momento no exista una amenaza grave, pues, “no se le puede reprochar al legislador anticipar tal riesgo reprimiendo comportamientos, cuando él mismo ha establecido que una generalización de éstos entrañaría un riesgo real”<sup>20</sup>; si bien, esa última apreciación, con los datos de los que ahora disponemos, contradiría la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *S.A.S v. France*. Por cuanto al segundo, entiende igualmente que concurre la legitimidad del objetivo, en este caso al poderse incardinar en las restricciones del art. 9.2 del Convenio. Y, por

17 *Décision 2 septembre 2005* (n°148567).

18 TORREKENS, C.: “La prohibición del velo integral en Bélgica: entre historia colectiva y política simbólica”, *Revista CIDOB d’Afer Internacionals*, núm. 115, 2017, p.84.

19 *Sentencia de la Corte Constitucional Belga 6 diciembre 2012* (n°145, 2012).

20 RUIZ RUIZ, J.J.: “Leyes prohibición”, cit., p.14.

cuanto al tercero, hace lo propio entendiendo que la igualdad de sexos debe ser garantizada por el legislador.

B) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Balcacemi et Oussar c. Belgique.*

Con la sentencia de la Corte Constitucional no se puso punto final a los conflictos derivados de la norma, pues, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo la doctrina iniciada en 2014 en el asunto *S.A.S. v. France*, la validó al entender que el objetivo legítimo perseguido era el margen de apreciación de los Estados y la protección de la convivencia. Asimismo, pese a llevar aparejada pena de prisión, entendió que era proporcional porque la legislación belga sujeta el hecho de cubrirse el rostro en público tanto al Derecho Administrativo como al Derecho Penal, cabiendo, por lo tanto, la alternatividad de la pena<sup>21</sup>.

### 3. El caso suizo: las prohibiciones generales e iniciativas populares.

Suiza, después del referéndum del año 2021, ha incorporado a su Constitución Federal la prohibición de llevar velo integral, lo que “no parece ser acorde con el valor de la «paz» y el «espíritu de solidaridad» y tolerancia, que Suiza propugna como uno de sus principios fundamentales”<sup>22</sup>. Lo hace, no obstante, tomando como modelo la ley francesa de 2010, esto es, no haciendo referencia expresa al velo integral. Y lo cierto es que si el burka y los diferentes tipos de velo son vistos como una forma de extremismo religioso<sup>23</sup>, buena parte de ello trae causa, como ya se ha apuntado al inicio, en los flujos migratorios y la comisión de actos terroristas; siendo esclarecedor al respecto que en el referéndum del año 2021 se consiguió una mayoría del 52% y bajo una campaña publicitaria que puso el foco en que el islam es peligroso. Sin embargo, no es la primera vez que se introducen en la Constitución Federal suiza previsiones concretas respecto de un símbolo religioso, pues, en el año 2009 ya se hizo respecto de la prohibición de construir nuevos minaretes.

Además, diferentes cantones (Ticino, Gallo y Ginebra) introdujeron en su propia constitución la prohibición del velo integral. Nos limitaremos a decir que las leyes de aplicación del referéndum en el cantón Ticino fueron objeto de recurso ante el Tribunal Federal Suizo, llamando poderosamente la atención que los recurrentes no alegan la vulneración del derecho a la libertad religiosa, sino

21 STEDH “*Balcacemi et Oussar c. Belgique*” 11 julio 2017 (n° 37798,13).

22 FAGGIANI V.: “La Constitución Suiza «velada» la prohibición del burka en el contexto de las tendencias regresivas de la democracia en Europa, *Anuario de Derecho Eclesiástico el Estado*, núm. 38, 2022, p.541.

23 En relación con el fundamentalismo religioso y fanatismo religioso, vid. MORENO SOLER V.: “La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario”, en AA.VV.: *Dignidad Humana, Derecho y Diversidad religiosa* (coord. por S. MESEGUER VELASCO), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 301-325.

a la libertad de opinión, reunión y manifestación. El Tribunal estimó parcialmente los anteriores en la Sentencia de 20 de septiembre de 2018, entendiendo que la prohibición de ocultar el rostro sí constituye una medida idónea y necesaria para limitar el riesgo de actos violentos, y proteger mejor la seguridad pública, pero que la normativa cantonal era insuficiente en el concreto extremo de las excepciones contempladas<sup>24</sup>.

Al margen de la problemática sociológica, en el plano jurídico y más allá de la eventual injerencia en derechos fundamentales, el dilema se encuentra en su ejecución competencial: si bien las leyes están concebidas para todo el Estado, la competencia ejecutiva está atribuida a la Confederación Helvética y a los cantones, lo que se traduce en inseguridad jurídica, falta de taxatividad y, en suma, regulación desigual; recordando, *mutatis mutandis*, a la situación experimentada en Bélgica con las ordenanzas municipales.

### III. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS QUE REGULAN EL BURKINI.

El hecho de que los Ayuntamientos decidan regular por medio de ordenanza la presencia del burkini en las playas y piscinas municipales se ha manifestado reiteradamente en los últimos años, sobre todo en Francia, encontrando toda una serie de pronunciamientos judiciales al respecto (aunque, como trataremos, sin referencia alguna a la cuestión competencial dada cuenta de la vigencia de la Ley 2010-1192). Por su parte, en nuestro Estado no encontramos ninguna resolución judicial que verse sobre la impugnación de una ordenanza reguladora del burkini, ni con base en un vicio competencial ni en cualquier otra causa de nulidad del art. 47 de la Ley 39/2015; debiendo tomar como referencia las ordenanzas catalanas que tenían por objeto la prohibición del velo integral en los espacios públicos.

#### I. La regulación del burkini en Francia.

El alcalde de Cannes, bajo la justificación del atentado cometido en Niza el día 14 de julio de 2016, dictó un Decreto por medio del cual prohibía acceder a las playas con todas aquellas prendas que fueran contrarias al principio de laicidad hasta el 31 de agosto. Esta disposición fue impugnada por parte del *Collectif contre l'islamophobie en France* ante el Tribunal Administrativo de Niza, pero resultó infructuosa porque el anterior entendió que la norma resultaba acorde a Derecho habida cuenta de la limitación temporal de la medida y del contexto del momento<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Sentencia de Tribunal Federal Suizo 20 septiembre 2018 (n° IC\_211/2016 , IC\_212/2016).

<sup>25</sup> *Ordonnance* 13 agosto 2016 (n° 1603470).

El Ayuntamiento de Villeneuve-Loubet (Provenza), haciendo lo propio, dictó el 5 de agosto de 2016 una ordenanza por la que, también de manera acotada en el tiempo, prohibía en las playas del municipio cualquier prenda con connotaciones contrarias al principio de laicidad, a las buenas costumbres y a la higiene. Esta disposición fue objeto de recurso ante el Tribunal Administrativo de Niza que validó la medida<sup>26</sup>, y, con posterioridad, ante el Consejo de Estado, que, a diferencia de los pronunciamientos previos, la anuló por entender que no concurrían las notas de adecuación, necesidad y proporcionalidad necesarias para limitar el derecho a la libertad religiosa<sup>27</sup>.

Más recientemente, y en la línea totalmente opuesta, el 16 de mayo de 2022 el Ayuntamiento de Grenoble (Ródano-Alpes) dictó un reglamento que permitía de hecho el uso del burkini. Así, su décimo artículo, relativo a las normas de higiene y seguridad, establecía la obligatoriedad de utilizar trajes de baño ceñidos al cuerpo, si bien, con una excepción: aquellos con una longitud inferior a la mitad del muslo (caso precisamente del burkini); resultando también controvertido. Se recurrió, en primera instancia, ante el Tribunal Administrativo de Grenoble, que suspendió esa previsión al entender que el ente local había incurrido en una desviación de poder proporcionando a los burkinis un trato de favor, vulnerando de este modo el principio de laicidad y de la neutralidad religiosa de los servicios públicos<sup>28</sup>; y, en última instancia, ante el Consejo de Estado que, en iguales términos, entendió que la excepción del art. 10 era una previsión encubierta para satisfacer una exigencia religiosa<sup>29</sup>.

Nótese una vez más que, precisamente por estar en vigor una ley que prohíbe con carácter general ocultar el rostro en los espacios públicos -y las playas y piscinas, de conformidad con esa ley, son espacios de uso público-, en ninguna de las impugnaciones se ha planteado como argumento un vicio competencial.

## 2. La regulación del burkini en España.

En España también encontramos disposiciones reglamentarias que se pronuncien directa o indirectamente sobre esta vestimenta en las piscinas municipales. Así, el Reglamento General de Instalaciones Deportivas Municipales de Vitoria, estableciendo en su art. 36 que “el uso de bañador y gorro de baño es obligatorio”, venía a prohibir el burkini; si bien, a partir del año 2022, la Corporación Local interpreta todo lo contrario sobre el entendimiento de que el burkini no es más que un tipo de bañador.

<sup>26</sup> *Décision* 22 agosto 2016 (n°1603508).

<sup>27</sup> *Décision* 26 agosto 2016 (n° 402742).

<sup>28</sup> *Décision en référé* 25 mayo 2022 (n°2203163).

<sup>29</sup> *Décision en référé* 21 junio 2022 (n°465648).

Sin ir más lejos, en la Comunidad Valenciana tuvimos conocimiento de que el municipio de Elche, por medio del Reglamento de Uso de las Instalaciones Deportivas Municipales del año 2022, prohibía acceder a las piscinas con bañadores largos por debajo de la rodilla, con la salvedad de aquellos que contasen con homologación, tratándose el burkini, según la Concejalía de Deportes, de uno de ellos. Se pone de manifiesto, por lo tanto, que estamos ante un tema que despierta controversia, no sólo desde la fuerza del Derecho, sino también de los hechos, pues, el pasado verano los trabajadores de una piscina municipal del barrio de Benimaclet impidieron la entrada a una mujer que llevaba esta prenda.

Y, como apuntábamos, ninguna sentencia se pronuncia en España sobre si esas disposiciones son o no conformes a Derecho. Es más, tenemos que acudir a la jurisdicción civil (la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Almería<sup>30</sup>) para encontrar el único pronunciamiento judicial existente sobre el burkini, que se enmarca en la impugnación de un acuerdo adoptado por una comunidad de propietarios. Nos limitaremos a señalar que tal acuerdo prohíbe el baño no solo con burkini, sino también con otro tipo de ropa no adecuada -aspecto que se tiene en consideración para confirmar la sentencia de instancia<sup>31</sup>-, y que el Tribunal, frente a la alegación del recurrente de que los mandatos del Corán constituyen un hecho notorio, afirma que “no hay un conocimiento generalizado y absoluto en un Estado aconfesional como el español (art.16.3 CE) de los preceptos religiosos que invoca el recurrente, máxime cuando mantiene en su escrito de recurso que afectan por igual a ambos sexos cuando lo cierto es que solo se reclama la aplicación para la mujer; lo que colisionaría con el art. 14 de la CE”<sup>32</sup>.

#### IV. ¿TIENEN REALMENTE LOS AYUNTAMIENTOS ESPAÑOLES COMPETENCIA PARA REGULAR EL BURKINI?

Hemos incidido en la necesidad de que para limitar derechos fundamentales se hace necesario cumplir con el mandato de la reserva de ley, y que, en nuestro Estado, a diferencia de otros, no existe, o al menos en apariencia, una ley orgánica que sirva de cobertura para limitar por medio de una norma reglamentaria el burkini. Así las cosas, frente a la pregunta planteada, podemos considerar tres situaciones: (1) que el burkini no quede amparado por ningún derecho fundamental y, por extensión, no se requiera de ley orgánica; (2) que el burkini tenga encaje en un derecho fundamental, bien libertad religiosa, bien propia imagen, pero no exista una norma de cobertura para su limitación, que cumpla con la exigencia de ley orgánica derivada del art. 53 de la Constitución española; o (3) que el burkini

30 SAP Almería 26 julio 2023 (ROJ I303, 2023).

31 *Ibidem*. FJ.3º, § 6º.

32 *Ibidem*. FJ.3º, § 4º.

quede amparado por un derecho fundamental, existiendo, además, norma de cobertura para su limitación.

### **I. El burkini no queda amparado por ningún derecho fundamental.**

La primera tesis consistiría en entender que el burkini no es la manifestación de ningún derecho fundamental: ni lo es del derecho a la libertad religiosa porque no encuentra alusión en ningún texto religioso, ya que es un elemento de reciente creación, ni hace lo propio en el derecho a la propia imagen, en este caso porque no forma parte del conjunto de cualidades físicas que determinan la apariencia externa de una persona y que permiten su identificación.

Así las cosas, la limitación se concebiría como una manifestación de aquella vieja idea de la regulación administrativa en garantía de la salubridad en las ciudades, esto es, una de las competencias básicas de todo municipio para que lo podamos reconocer como tal (ex art. 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local). Y desde esta perspectiva, en la medida en que el burkini no se puede calificar como higiénico -como tampoco lo es bañarse en una piscina pública con otra vestimenta que no sea la adecuada para el baño (mismo planteamiento que el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Almería)- cabe limitarlo, y, de hacerlo mediante una regulación general, es decir, sin establecer consecuencias perjudiciales individualizadas, existiría en los administrados obligación jurídica de soportar; teniendo los Ayuntamientos, por lo tanto, competencia para su regulación.

### **2. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero sí existe norma de cobertura para su limitación.**

Esta segunda tesis, que se atribuye a la profesora ORTEGA BERNARDO<sup>33</sup>, partiría de la consideración general de que si, precisamente, existen una serie de requisitos constitucionalmente definidos para poder limitar derechos fundamentales, no hay que negar de entrada la posibilidad de que una ordenanza afecte a los anteriores, sino valorar su concurrencia en el caso concreto, y en particular la existencia o no de la norma de cobertura.

Así, de acuerdo con este planteamiento, se respeta, en primer término, el fin constitucionalmente legítimo, porque la medida supone un beneficio para el valor constitucional "seguridad" o, a nuestro entendimiento, y para asimilarnos al caso francés pese a que nuestra Constitución no lo proclama, el valor implícito "convivencia" (test de idoneidad), porque no existe otra alternativa que, beneficiando al anterior, sea menos dañina para el derecho a la libertad religiosa -o,

---

33 Vid. ORTEGA BERNARDO, J.: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, 2014.

en su caso, ideológica o propia imagen- (test de necesidad), y porque la afectación negativa a la libertad religiosa se ve compensada con el grado de afectación positiva al valor constitucional que se pretende proteger (test de proporcionalidad<sup>34</sup>); y, en segundo término, se respeta, asimismo, la reserva de ley orgánica, pues, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, que serviría de cobertura para las ordenanzas, establece ya en su artículo tercero apartado primero que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”. En este último extremo, como afirman LANDETE y BONET, conviene recordar que “el orden público actúa como limitación para el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, o, lo que es lo mismo, que no actúa como límite de tal derecho fundamental -ni de ningún otro-, pues en tal caso, tendría relevancia para determinar el ámbito de ese derecho, es decir, para fijar qué actividades se encuadran en su contenido esencial y cuáles no”<sup>35</sup>.

Y esta misma formulación, la de entender que cabe la regulación por ordenanza pese a tener por objeto un derecho fundamental, la sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aunque con un argumentario diferente. Así, en esta sentencia, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia contra la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia dictada por el Ayuntamiento de Lérida, los recurrentes defendían, no sólo que la ordenanza que prohibía el velo integral en los espacios públicos vulneraba la libertad religiosa, la igualdad y el principio de proporcionalidad, sino también la incompetencia del Ayuntamiento para regular tal materia. Frente a ello, y como hemos apuntado, el Tribunal justifica, primero, que las ordenanzas son acordes a Derecho porque los entes locales, a diferencia del resto de entidades públicas, tienen una relación con el principio de legalidad en un sentido negativo, esto es, que en los asuntos de interés local el Ayuntamiento puede actuar aunque no haya una ley que lo regule y, si el legislador considerase que el anterior no puede ejercer dicha competencia, sería preciso que dictara una ley estableciendo que tal competencia es autonómica o bien estatal; segundo, que, y en la línea de esa interpretación, la habilitación que otorgan los arts. 139 y 140 de la Ley de Bases de Régimen Local a los Ayuntamientos para sancionar en defecto de normativa sectorial específica es suficiente y bastante como para el establecimiento de

34 Al respecto de la estricta observancia del principio de proporcionalidad, baste recordar al respecto las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995/66), 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996/55), y 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207).

35 LANDETE CASAS, J. y BONET NAVARRO, J.: “Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005, p. 5.

una prohibición; y, tercero, que únicamente se requiere de ley orgánica para la regulación del núcleo duro del derecho fundamental, cabiendo, pues, que normas de rango inferior puedan regular los aledaños<sup>36</sup>.

### 3. El burkini queda amparado por un derecho fundamental, pero no existe norma de cobertura para su limitación.

Esta última tesis entiende que el burkini, en tanto manifestación de un derecho fundamental, necesita para poder limitarse por medio de ordenanza que concurran los requisitos que la jurisprudencia constitucional viene exigiendo, y estos, siguiendo con el planteamiento, no se darían en el presente caso: si bien la regulación, teniendo presente la jurisprudencia comparada que hemos señalado, podría respetar el fin constitucionalmente legítimo, no existiría una ley orgánica que habilitara a los Ayuntamientos para regular vía ordenanza esta vestimenta.

Se trata, por tanto, de la tesis que sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de febrero de 2013<sup>37</sup>. En esta sentencia, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, “los derechos fundamentales, cuya tutela pretendía la recurrente eran los de la libertad ideológica y religiosa (...) y el derecho de participación en los asuntos públicos”<sup>38</sup>. A este respecto, resulta capital la motivación religiosa por cuanto “la Asociación en su recurso solo impugnó la prohibición del velo integral, pero no la prohibición del resto de prendas”<sup>39</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el carácter religioso del velo integral y lo equipara al resto de simbología dinámica del islam.

Por cuanto a la cuestión competencial, mientras que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña interpreta que el requisito de ley se hace en sentido general y, por lo tanto, que la ordenanza es bastante y suficiente, el Tribunal afirma en el fundamento jurídico séptimo que sólo una ley en sentido formal, que habrá de ser además orgánica, puede ser limitativa de derechos fundamentales, y que la interpretación que hace la sentencia de instancia es incorrecta, pues -afirma- el contenido íntegro de los derechos fundamentales ha de ser regulado mediante ley orgánica. A mayor abundamiento, con respecto a la relación característica de los entes locales y el principio de legalidad, viene a decir que es cierto que ello sea así, pero que de modo alguno la autonomía local constituye el soporte normativo para poder limitar derechos fundamentales, y, con respecto a las previsiones ofrecidas por la Ley de Bases de Régimen Local, que hay que distinguir la “prohibición” de la “infracción”.

36 Sentencia TSJ Cataluña 7 junio 2011 (ROJ 5980, 2011).

37 STS 14 febrero 2013 (ROJ 693/2013).

38 *Ibidem*. FJ.1º, § 3º.

39 Ruiz Ruiz, J.J.: “Leyes prohibición”, cit., p.143.



Además, se deja patente en la sentencia que, como el art. 139 de la anterior ley hace referencia expresamente al interés local, "(se) obliga a suscitar la cuestión de si la limitación de un derecho fundamental, que por definición constitucional corresponde a todos los ciudadanos de la nación, puede considerarse como concerniente al interés local"<sup>40</sup>.

Con todo, resulta sorprendente que el Alto Tribunal no lleve a cabo la labor interpretativa derivada del test de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) cuando, como hemos apuntado, supondría un pilar capital para intentar justificar la postura contraria.

## V. CONSIDERACIONES FINALES.

Primera.- Resulta evidente que la población europea en general tiene una visión crítica respecto al uso del velo islámico y otras manifestaciones religiosas en espacios públicos. A menudo se asocian estas prácticas con el fundamentalismo islámico y se perciben como una forma de opresión hacia la mujer, lo que genera temor y rechazo en algunos sectores de la sociedad.

Segunda.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha respaldado diferentes leyes que establecen una prohibición general del velo integral en los espacios públicos. Sin embargo, ha descartado que la seguridad pública sea fundamento suficiente y bastante para justificar esta prohibición. En su lugar, ha argumentado que estas leyes están justificadas por la necesidad de mantener la convivencia. Resulta llamativo, por lo tanto, que el Tribunal no haya acudido al criterio de seguridad pública, por entender que no concurren las notas exigidas de "amenaza real y grave" y, en su lugar, haya optado por el criterio del mantenimiento de la convivencia, que no tiene una previsión específica en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tercera.- Las regulaciones locales que tienen por objeto el burkini suponen una cuestión de rabiosa actualidad y, a diferencia de España, se ha evidenciado cómo allí donde existen leyes que tienen por objeto la prohibición de alguna de las manifestaciones del velo islámico, no se ha cuestionado que las ordenanzas dictadas por los ayuntamientos sean inválidas por un vicio competencial.

Cuarta.- En España, en cambio, el Tribunal Supremo entiende que los entes locales no tienen competencia para regular el velo islámico -y, en defecto de pronunciamientos judiciales, lo propio respecto del burkini si entendemos que viene amparado por un derecho fundamental-, porque para la limitación de los derechos fundamentales se hace preciso la existencia de una norma, que, para

---

40 *Ibidem.* FJ.10º, § 17º.

ofrecer la cobertura normativa suficiente en cumplimiento del art. 53 de la Constitución, deberá ser ley orgánica.

Quinta.- No obstante, se ha reflejado como otra postura, más residual, entiende todo lo contrario con base en que la exigencia de reserva de ley viene cubierta por la previsión que hace el art. 3.I de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y en que se cumple con el test de proporcionalidad para la protección de la seguridad pública o convivencia ciudadana.

Sexta.- Por su parte, la postura que pretende sostenerse en estas páginas supone entender que no existe razón suficiente en Derecho como para negar a los entes locales la competencia para regular el burkini, pues, es una manifestación de las potestades administrativas para la protección de la salud en los espacios públicos, y, precisamente, la protección de la salubridad pública es una de las competencias innegables de todo municipio de conformidad con el art. 25 de la Ley de Bases de Régimen Local. Si, como tratamos de señalar, entendemos que el burkini no queda amparado por un derecho fundamental y que es una prenda no apta para el baño, sólo podemos llegar a la conclusión de que los Ayuntamientos deben actuar en consecuencia y no permitir su uso.

## BIBLIOGRAFÍA

ARECES PIÑOL, M.T.: *La prohibición del burka en Europa y en España*, Aranzadi, Madrid, 2014.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "Extremismo, radicalización violenta y libertad religiosa: límites del control estatal", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 46, 2018.

CAÑAMARES ARRIBAS, S.: "Símbolos religiosos en un Estado Democrático y Plural", *Revista de Estudios Jurídicos*", núm. 10, 2010.

CHASSANG, C.: "La CEDH et la loi du 11 octobre 2010: une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public", *Recueil Dalloz*, núm. 30, 2014.

FAGGIANI V.: "La Constitución Suiza «velada» la prohibición del burka en el contexto de las tendencias regresivas de la democracia en Europa", *Anuario de Derecho Eclesiástico el Estado*, núm. 38, 2022.

GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E.: "El derecho a la propia imagen en su dimensión subjetiva y los códigos de indumentaria laboral", *UNED, Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021.

LANDETE CASAS, J. y BONET NAVARRO, J.: "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005.

LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A.: "Simbología islámica masculina y libertad religiosa", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, núm. 25, 2022.

MORENO SOLER, V.: "La creciente preocupación en torno al fanatismo religioso: tendencias y regulación actual en el ámbito penitenciario" en AA.VV.: *Dignidad Humana, Derecho y Diversidad religiosa* (coord. por S. MESEGUER VELASCO), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.

ORTEGA BERNARDO, J.: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, 2014.

ROTONDO V.: "Símbolos religiosos y escuela pública. La razonable composición de intereses del Tribunal de Casación italiano", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, 2024.

RUIZ RUIZ, J.J.: "Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2013.

TORREKENS, C.: "La prohibición del velo integral en Bélgica: entre historia colectiva y política simbólica", *Revista CIDOB d'Àfer Internacionals*, núm. 115, 2017.





COMENTARIOS DE  
SENTENCIAS



ABANDONO MORAL Y MATERIAL DEL HIJO: EL  
DESINTERÉS Y DESAPEGO EN LA FUNCIÓN PARENTAL.  
COMENTARIO A LA STS 106/2024, DE 30 DE ENERO (ROJ  
STS 433/2024)

*MORAL AND MATERIAL ABANDONMENT OF THE CHILD:  
DISINTEREST AND DETACHMENT IN THE PARENTAL ROLE.  
COMMENTARY ON THE SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT  
NUMBER 106/2024, OF JANUARY 30 (ROJ STS 433/2024)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 552-567*



Pilar María  
ESTELLÉS  
PERALTA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de febrero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Consecuencia inherente a la determinación de la filiación entre padres e hijos es la atribución de un derecho-deber a los padres que debe ser ejercido por ambos en beneficio de los hijos e hijas menores de edad no emancipados de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental. No obstante, de esta función irrenunciable e indisponible, podrán los padres ser privados judicialmente tanto del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad en caso de incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes parentales pero también en los casos de desinterés y despreocupación por el hijo/a.

**PALABRAS CLAVE:** Titularidad y ejercicio; patria potestad; desinterés; incumplimiento; privación.

**ABSTRACT:** *An inherent consequence of the determination of filiation between parents and children is the attribution of a right-duty to the parents that must be exercised by both for the benefit of the non-emancipated minor sons and daughters in accordance with their personality and with respect to their rights and their physical and mental integrity. However, of this inalienable and unavailable function, parents may be judicially deprived of both the exercise and ownership of parental authority in the event of voluntary, serious and repeated breach of parental duties but also in cases of disinterest and lack of concern for the son/daughter.*

**KEY WORDS:** *Ownership and exercise; custody; disinterest; breach; deprivation.*

**SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO:**  
I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- II. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PRIMORDIAL DEL HIJO.- III. EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO, GRAVE Y REITERADO DE LOS DEBERES PARENTALES.- I. La privación de la patria potestad como medida excepcional.- 2. Y pese a todo.- IV. EN CONSECUENCIA.

---

## SUPUESTO DE HECHO

La sentencia n.º 293/2022, de 30 de marzo, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia de primera instancia dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 545/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, sobre privación total de la patria potestad.

La recurrente, madre del hijo sobre el que se dirime la cuestión de la privación de la patria potestad del padre, solicitaba dicha privación total de la patria potestad al padre del menor y el otorgamiento exclusivo del derecho a la madre.

Sin embargo, en primera instancia se consideró que si bien procedía atribuir la guarda y custodia sobre el hijo menor común a la madre, para que a su vez ejerciera en exclusiva la patria potestad, debía mantenerse compartida su titularidad con el padre ausente y desinteresado. Por otra parte, no se fijó régimen de visitas con el menor a favor del padre ni contribución a los alimentos a su cargo.

Recurrida la sentencia de primera instancia por la madre del menor, la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 30 de marzo de 2022, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la madre del menor contra la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado núm. 7 de los de Móstoles en los autos de familia, guarda, custodia o alimentos de hijos no matrimoniales y confirmó la referida resolución, sin costas. La madre recurrente denuncia la infracción de los arts. 154 y 170 CC, por mantener la sentencia impugnada la titularidad compartida de la patria potestad, pese a que el padre, que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, después no ha vuelto a tener contacto con él, y no desea tenerlo, no ha contribuido nunca a su manutención, ni ha acudido a visitarlo, por lo que sería evidente la concurrencia de un incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes con el hijo en común, que debería determinar la privación de la patria potestad.

Interpuesto recurso de casación contra la misma, fue admitido y se procedió a la votación y fallo casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y

• **Pilar María Estellés Peralta**

Doctora en Derecho. Directora del Departamento de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". pm.estelles@ucv.es

estimando la demanda interpuesta por madre del menor, se acordó la privación total de la patria potestad del padre, ausente, no personado, del que no se dispone de los datos completos sobre su domicilio y absolutamente desinteresado, respecto del menor.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La controversia en casación versa sobre la privación de la patria potestad al padre que aunque reconoció al niño en el momento de su nacimiento, no ha mantenido ningún contacto con él desde entonces, ni se ha interesado por su situación ni sus necesidades. Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial de Madrid consideran que no se ha aportado elemento de prueba ni hecho del que pudiera deducirse la concurrencia de alguno de los presupuestos de extrema gravedad que permitirían la privación de la patria potestad al padre demandado pero sí del ejercicio cotidiano y ordinario de dicha función tuitiva, porque esta corresponde en exclusiva a la madre, que es con quien el hijo está conviviendo, de manera que solo debería ser oído el padre en casos extremos de excepcional relevancia o singular transcendencia.

De los hechos destacados en la sentencia, el Tribunal Supremo señala que no comparte el criterio mantenido por las sentencias de instancia y de la Audiencia Provincial ahora recurridos, y que no privan de la patria potestad al padre demandado a pesar de que constata que no ha cumplido en modo alguno ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad, crean una situación de incertidumbre e inseguridad sobre los supuestos en los que la madre (o los terceros que se relacionaran con ella) deberían oír al padre para conocer su opinión, en decisiones que afectan al menor, lo que en nada redundaría en su beneficio. Permitir de esta manera abierta y difusa que interfiera en el ejercicio de la patria potestad a quien se ha desentendido de todo lo que afecta al niño desde su nacimiento (del que han transcurrido más de diez años) no responde al beneficio del menor, pues ni el padre lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias, ni tampoco este tribunal conoce cuáles serían las motivaciones y criterios del demandado a la hora de manifestar una opinión sobre una decisión referida al niño, respecto del que hasta el momento no ha manifestado en modo alguno preocupación o interés.

Para la sala, la misma falta de personación del padre en este procedimiento, a pesar de los intentos de notificación personal, confirma no solo su falta de preocupación, su desinterés, sino también la complejidad a la que abocaría la solución adoptada por la sentencia recurrida, que redundaría en perjuicio del menor cuando fuera preciso adoptar una decisión en la que se considerara necesario oír al padre por no ser “de la vida ordinaria” sino “de extraordinaria o especial importancia”. La sala considera que, en el caso, el beneficio e interés

del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada. En efecto, no se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela.

## COMENTARIO

### I. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Una de las consecuencias inherentes a la determinación de la filiación entre padres e hijos es la atribución de un derecho-deber a los padres que debe ser ejercido por ambos en beneficio de los hijos e hijas menores de edad no emancipados. Esta función, que es irrenunciable e indisponible, se califica actualmente como una responsabilidad parental que debe ser ejercida en interés de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y a su integridad física y mental. De no ser así, podrán ser privados judicialmente tanto del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad.

En relación con la naturaleza de la patria potestad, la actual redacción del art. 154, *in fine* CC, identifica la patria potestad como una responsabilidad parental. Ello significa que el derecho-deber de los padres se convierte *ope legis* en responsabilidad únicamente, no en potestad, pese a que se mantenga esta expresión en la mayoría de los preceptos que regulan esta materia. Así, la referencia del precepto a la “función” parental en vez de al derecho-deber, conlleva una transformación de la patria potestad, institución de orden público en el ámbito familiar que se encuadra dentro de las denominadas potestades familiares. Así, la patria potestad como responsabilidad parental es una función cuya titularidad corresponde a los progenitores conjuntamente y se ejercerá atendiendo a los principios de beneficio o interés del menor. Por tanto, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad constituyen la regla general (art. 156.I CC).

Este ejercicio de la responsabilidad parental, debe inspirarse en la igualdad de trato y de oportunidades entre ambos titulares se hallen o no bien avenidos. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores -tanto en situaciones de paz como de crisis familiar- y que en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos titulares ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuánto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

Sin embargo, la consecuencia de la mencionada transformación de la patria potestad como “función” y responsabilidad parental, es que se amplía el control jurisdiccional sobre los titulares de la patria potestad, estableciéndose en el art. 156 CC los mecanismos para dirimir los desacuerdos y en el art. 158 CC un control jurisdiccional ante posibles conductas parentales de abandono moral o material que pueden conducir a la privación total o parcial de la misma en caso de que el interés del hijo se vea perjudicado.

Así lo ha resuelto la STS 30 enero 2024<sup>1</sup> en contra del criterio de la SAP Madrid 30 marzo 2022<sup>2</sup> que casa, al señalar que permitir de manera abierta y difusa que el padre pueda interferir en el ejercicio de la patria potestad cuando hasta la fecha se ha desentendido de todo lo que afecta al niño desde su nacimiento (hace ya diez años) no responde al beneficio del menor, pues ni el padre lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias, ni tampoco entiende el tribunal conoce cuáles serían las motivaciones y criterios del demandado a la hora de manifestar una opinión sobre una decisión referida al niño, respecto del que hasta el momento no ha manifestado en modo alguno preocupación o interés (FD 4).

## II. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PRIMORDIAL DEL HIJO.

Así pues, la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público y un principio general de carácter interpretativo tendente a procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a los de los demás intereses implicados, atendiendo a la evidente falta de capacidad del menor para actuar en defensa de sus propios intereses<sup>3</sup>. El interés del hijo menor viene consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 CC) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (arts. 39.2 CE) y responde a la nueva configuración de la patria potestad.

El reconocimiento de la prevalencia del interés superior del hijo menor a nivel jurisprudencial se observa tanto en el Tribunal Supremo<sup>4</sup> como en el Tribunal

1 STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

2 SAP Madrid 30 marzo 2022 (Tol 9225344).

3 SSTS 19 abril 2012 (Tol 2532886) y 25 abril 2011 (Tol 2125260).

4 SSTS 29 abril 2013 (Tol 3711046), 20 octubre 2014 (Tol 4529938), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 27 junio 2016 (Tol 5775431), 27 junio 2016 (Tol 5775378), 21 junio 2017 (Tol 6201490), 26 febrero 2019 (Tol 7099258), 29 julio 2020 (Tol 8039309) y 29 julio 2020 (Tol 8039303), 26 septiembre 2022 (Tol 9246390) que señala, entre otras, que el interés del menor se ha considerado como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.

Constitucional<sup>5</sup> y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuyas sentencias han recogido reiteradamente este principio en sus pronunciamientos<sup>6</sup>.

De acuerdo con la STS 27 octubre 2021<sup>7</sup>, el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990<sup>8</sup>.

La STS 16 septiembre 2022<sup>9</sup>, señala que la utilización de la expresión “consideración primordial” en relación con el interés del hijo menor, “significa que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior y preferente para resolver los supuestos de colisión o conflictos de derechos en el que el menor pueda hallarse inmerso y que no sean susceptibles de recíproca satisfacción”.

Este interés superior del menor se ha visto reforzado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia. Aun con todo y pese a ser una de las finalidades de la LO 8/2015, el principio del interés superior del menor se reconoce, pero no se define concretamente, aunque exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de los progenitores como ponen de manifiesto las SSTS 5 abril 2019<sup>10</sup>, 25 noviembre 2019<sup>11</sup>, 4 abril 2018<sup>12</sup> y 12 septiembre 2016<sup>13</sup>. La jurisprudencia ha ido definiendo tal concepto en el sentido de entender que el “interés del menor” constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. En tal sentido se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares; se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas

5 SSTC 152/2005, de 2 de junio (Tol 673515), 124/2002, de 20 de mayo, FD 6 (Tol 258656), 138/2014, de 8 de septiembre (Tol 4517085), y 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2675044).

6 STEDH de 11 octubre de 2016, rec. n° 23298/12, *affaire Iglesias Casarrubias et Cantalapedra Iglesias c. Espagne* (Tol 6412910).

7 STS 27 octubre 2021 (Tol 8640031).

8 SSTC 178/2020, de 14 de diciembre de 2020 (Tol 8437045), FJ 3, y 64/2019, de 9 de mayo (Tol 7265229), FJ 4, entre las más recientes.

9 STS 16 septiembre 2022 (Tol 9232223).

10 STS 5 abril 2019 (Tol 7205213).

11 STS 25 noviembre 2019 (Tol 7615742).

12 STS 4 abril 2018 (Tol 6568354).

13 STS 12 septiembre 2016 (Tol 5823940).

como emocionales y afectivas; se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten; se procurará que las medidas que se adopten en interés superior del menor no restrinjan o limiten más derechos que los que amparan<sup>14</sup>.

En todo caso, el interés del niño ha de ser entendido como superior y prevalente, más allá de las preferencias de los padres de acuerdo con la STS 30 junio 2016<sup>15</sup>, tutores o administraciones públicas<sup>16</sup>. Interés superior que debe atender en cada caso, el particular y personal interés del menor en liza en ese momento y circunstancia concretos, el de ese menor perfectamente individualizado, según pone de relieve la STS 13 febrero 2015<sup>17</sup> y, además, debe ponerse en relación con el desarrollo libre e integral de su personalidad poniendo especial cuidado en su respeto según la STS 5 febrero 2013<sup>18</sup>.

Obviamente, el beneficio o interés del hijo puede exigir como señala muy acertadamente la STS 18 mayo 2022<sup>19</sup>, que “en condiciones de armonía familiar, la relación jurídica paterno-filial se construye sobre la convivencia de los hijos con sus progenitores” y que “a un menor, no se le puede privar del contacto con sus progenitores, máxime cuando el padre y la madre desempeñan un decisivo rol en el ulterior desarrollo de la personalidad de sus hijos, en tanto en cuanto participan en su formación integral cara a la futura incorporación al mundo de los adultos”. Pero si nos encontramos ante una dejación de funciones voluntaria los criterios aplicables ya no son los mismos.

En efecto, como señala la STS 30 enero 2024<sup>20</sup> comentada, la misma falta de personación del padre en este procedimiento, a pesar de los intentos de notificación personal, confirma no solo su falta de preocupación, su desinterés, sino también la complejidad a la que abocaría la solución adoptada por la sentencia de la SAP Madrid 30 marzo 2022<sup>21</sup> recurrida, que redundaría en perjuicio del menor cuando fuera preciso adoptar una decisión en la que se considerara necesario oír al padre por no ser “de la vida ordinaria” sino “de extraordinaria o especial importancia”

14 Así las SSTS 25 abril 2018 (Tol 6592125), 15 diciembre 2017 (Tol 6461936), 19 octubre 2017 (Tol 6402978), 28 septiembre 2016 (Tol 5843549), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288) y 31 enero 2013 (Tol 3020982).

15 STS 30 junio 2016 (Tol 5765231).

16 Así lo señalan las SSTS 5 febrero 2013 (Tol 3010824), 18 noviembre 2014 (Tol 4556709), 16 febrero 2015 (Tol 4719934), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 27 junio 2016 (Tol 5775378), 12 mayo 2017 (Tol 6097928), 22 septiembre 2017 (Tol 6355916), 15 enero 2018 (Tol 6484675), 14 febrero 2018 (Tol 6516349), 6 abril 2018 (Tol 6566012), 24 abril 2018 (Tol 6592056), 9 de mayo 2018 (Tol 6602553), 15 octubre 2018 (Tol 6852505), 17 enero 2019 (Tol 6999235), 26 febrero 2019 (Tol 7099258), 5 abril 2019 (Tol 7205213) y 24 septiembre 2019 (Tol 7503994), 29 marzo 2021 (Tol 8384759), 31 mayo 2021 (Tol 8463907); 4 octubre 2021 (Tol 8614999); 27 octubre 2021 (Tol 8640031). Asimismo, la SAP Ávila 30 septiembre 2019 (Tol 7575498).

17 STS 13 febrero 2015 (Tol 4712378).

18 STS 5 febrero 2013 (Tol 3010824).

19 STS 18 mayo 2022 (Tol 8976982).

20 STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

21 SAP Madrid 30 marzo 2022 (Tol 9225344).

(FD 4). Por ello, la sala considera que, en el caso, el beneficio e interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada y para ello, realiza una interpretación extensiva del art. 170 CC.

En realidad, no se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela. No le parece conveniente a nuestro Tribunal Supremo, mantener la titularidad de la patria potestad ante la ausencia total del padre en la vida del menor desde su nacimiento y de la dejación y abandono de sus funciones. Porque mantener en este caso, la titularidad de la patria potestad aunque sea con un contenido mínimo que permita una interferencia en el ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre, no redundaría en beneficio del menor.

Nótese, sin embargo, que no es renunciable la titularidad, pero sí el ejercicio de la patria potestad: de acuerdo con la SAP Málaga 4 marzo 2021<sup>22</sup>, “no cabe la aprobación de la renuncia a la patria potestad del padre respecto al hijo, ni tampoco cabe que pueda tener efecto jurídico alguno el consenso de ambos progenitores respecto de dicha cuestión” en convenio regulador que podría resultar válido si lo convenido se hubiera ajustado a los términos del artículo 92.4 del Código Civil al establecer: (l)os padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges; o a los términos del artículo 156 del mismo texto legal al disponer que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, lo que en este caso no se hace sino que, como ya se ha dicho, se renuncia por el padre expresamente y sin matizaciones a la patria potestad respecto del menor”. En el mismo sentido, SAP Cáceres 7 septiembre 2011<sup>23</sup>.

No es renunciable *de iure* pero si *de facto* ¿qué si no es el incumplimiento grave y reiterado de los deberes parentales? ¿la dejación de funciones y responsabilidades? ¿el absoluto desinterés, desapego, desafecto, despreocupación...?

### III. EL INCUMPLIMIENTO VOLUNTARIO, GRAVE Y REITERADO DE LOS DEBERES PARENTALES.

En el caso enjuiciado por la STS 30 enero 2024<sup>24</sup> la madre recurrente denuncia la infracción de los arts. 154 y 170 CC, por mantener la sentencia de la Audiencia

<sup>22</sup> SAP Málaga 4 marzo 2021 (Tol 8558072).

<sup>23</sup> SAP Cáceres 7 septiembre 2011 (Tol 2237985).

<sup>24</sup> STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).



Provincial de Madrid impugnada, la titularidad compartida de la patria potestad, pese a que el padre, que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, después no ha vuelto a tener contacto con él, y no desea tenerlo, no ha contribuido nunca a su manutención, ni ha acudido a visitarlo, por lo que sería evidente la concurrencia de un incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes con el hijo en común que debería determinar la privación de la patria potestad (FD 2).

En su FD 3, la sentencia comentada se apoya en anteriores sentencias del Tribunal Supremo como la STS 1 octubre 2019<sup>25</sup> con cita en la STS 9 noviembre 2015<sup>26</sup> a la que remite la STS 23 mayo 2019<sup>27</sup> y hace una síntesis de la doctrina de la sala sobre la privación de la patria potestad señalando que:

“1.- El art. 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

2.- Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, rec. 718/2012, que “la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 y 10 noviembre 2005).

3.- A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 febrero 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso,

---

25 STS 1 octubre 2019 (Tol 7520752).

26 STS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640).

27 STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577).

“[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho” (STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor; formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el art. 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del art. 170 CC y la variabilidad de las circunstancias “exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...]en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]”.

Por tanto, este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor. Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

4.- Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS384/2005, de 23 mayo)”.

### **I. La privación de la patria potestad como medida excepcional.**

Como señala la sentencia analizada, el art. 170 CC contempla como medida excepcional la privación de la patria potestad. La privación de la patria potestad es una medida restrictiva y judicial adoptada como sanción en los casos exclusivamente contemplados en el art. 170 CC, esto es, en situaciones de graves constantes y reiterados incumplimientos de las obligaciones parentales que perjudican el desarrollo emocional y material de los menores<sup>28</sup>, y como tal debe ser objeto de interpretación restrictiva<sup>29</sup>.

Con esta medida de privación de la patria potestad no se pretende sancionar la conducta de los progenitores representada en el incumplimiento de sus deberes, sino de defender los intereses del menor; de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para su protección<sup>30</sup>. Y así lo entendió

28 Así las SSTs 11 octubre 2004 (Tol 51424), 6 junio 2014 (Tol 4364744), 9 noviembre 2015 (Tol 5551640), 23 mayo 2019 (Tol 7260577) y 1 octubre 2019 (Tol 7520752).

29 SSTs 11 febrero 2004 (Tol 514214); 23 mayo 2005 (Tol 656547) y 10 noviembre 2005 (Tol 765860).

30 Vid. en tal sentido, Berrocal Lanzarot, A. I.: “La privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes familiares y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 42 (I), 2017, pp. 65-92.

curiosamente, la SAP Madrid 30 marzo 2022<sup>31</sup> al señalar que, en el caso ahora comentado, que no se alegaban en el supuesto litigioso dificultades de la madre para la toma de decisiones en la vida cotidiana del hijo en áreas como la educativa, administrativa o sanitaria, por lo que no procede privar al progenitor absolutamente de la patria potestad, sino solo atribuir a la madre el ejercicio cotidiano y ordinario de la función, por ser con quien convive, y limitar la intervención del padre a que deba ser oído “en cuestiones que afecten al menor y que sean de extraordinaria o especial importancia, y solamente en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la autoridad judicial”.

Y es que la Audiencia Provincial de Madrid, mantiene la doctrina tradicional y protectora del derecho de los progenitores que se manifiesta en la SAP Madrid 30 marzo 2022<sup>32</sup> cuando señala en su fallo que la privación de la patria potestad, “que por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, no puede ser considerada sin más una especie de sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor y, por ello mismo, la conveniencia y oportunidad de tan rigurosa medida para su adecuada protección. Así pues, para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor. En suma, se exige: a) la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla y b) la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor. Así las cosas, es el principio jurídico, de universal observancia, el denominado del favor *fili*, proyectado en orden a resolver siempre la contienda en beneficio del menor; y es el que determina que, aunque eventualmente pueda conllevar el sacrificio de posibles derechos e intereses de terceras personas que en otras circunstancias serían dignos de tutela, en el caso de que entren en colisión con aquel primordial principio, debe ser este el que reciba respaldo de los Tribunales”.

En consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid atiende a que, en el caso enjuiciado, la progenitora no aduce que pudieran existir peligro, perjuicio o perturbación que pueda producir al hijo menor el mantenimiento conjunto de la titularidad de la patria potestad que, insiste debe mantenerse, sin perjuicio que el ejercicio cotidiano y ordinario de la patria potestad la ejerza exclusivamente la madre. Todo ello, en base a que no se alegan dificultades para la madre en la toma de decisiones en la vida cotidiana del hijo, no se describe

31 SAP Madrid 30 marzo 2022 (ToI 9225344).

32 SAP Madrid 30 marzo 2022 (ToI 9225344).

ninguna ni se da referencia de entorpecimientos en áreas como la educativa, administrativa, sanitaria...etc. Obviamente -podemos añadir en este caso-, pues el progenitor paterno se ha desentendido del hijo desde su nacimiento. Sin embargo la SAP Madrid 30 marzo 2022<sup>33</sup> considera la viabilidad y mantenimiento de la titularidad compartida de la patria potestad pues ello solo se refiere a que el padre deberá ser oído en cuestiones que afecten al menor y que sean de extraordinaria o especial importancia y solamente en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la Autoridad Judicial. Para la sala, son supuestos muy excepcionales e improbables, pero no imposibles. Lo cierto es que no es fácil en arbitrar una solución de consenso que no lesione totalmente los derechos de los progenitores postpuestos siempre en favor del interés de los hijos. Los progenitores también tienen derechos que deben ser respetados por el legislador y los tribunales.

Sin embargo, en esta ocasión, considero que otorgar el derecho a ser oído a este padre desinteresado y absolutamente ausente de la vida de su hijo, genera una inseguridad y dependencia en el correcto ejercicio de la patria potestad que afecta al hijo y a la madre en favor de un padre al que no le preocupa el bienestar de su hijo como así ha demostrado desde su nacimiento.

Y esta es la tendencia de la jurisprudencia más reciente de nuestro Alto Tribunal que, podríamos añadir que “hila más fino” y atiende fundamentalmente a una posible lesión del interés del menor (y no tanto a la protección de los derechos del progenitor) debida a esa falta de interés, contacto y preocupación por el hijo y que exige la privación de la patria potestad del padre/madre que se desentiende del hijo a nivel no sólo material sino afectivo incumpliendo de manera grave y reiterada el deber de pago de la pensión de alimentos o no relacionándose con el hijo de manera voluntaria y consciente, según las anteriores SSTS 1 octubre 2019<sup>34</sup> y 23 mayo 2019<sup>35</sup>. En este mismo sentido, la STS 9 noviembre 2015<sup>36</sup> constató la falta de relaciones personales entre la menor y el padre quien hizo “dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada”.

Efectivamente, la STS 9 noviembre 2015<sup>37</sup> ya señaló que no puede mantener esta potestad quien no ejerce en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad –función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de

33 SAP Madrid 30 marzo 2022 (Tol 9225344).

34 STS 1 octubre 2019 (Tol 7520752).

35 STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577).

36 STS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640).

37 STS 9 noviembre 2015 (Tol 5551640).

deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido, tratándose de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad. En el mismo sentido, la STS 23 mayo 2019<sup>38</sup> manifestó que “la total desatención personal que supone la falta de trato alguno entre un padre y su hijo durante su primera infancia, unido a la desatención patrimonial, únicamente corregida recurriendo a la vía ejecutiva, revelan objetivamente un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”.

Esta es la línea seguida por la STS 30 enero 2024<sup>39</sup> comentada. Se contempla, así el abandono no sólo material sino moral. Abandono injustificado, desinterés y despreocupación, falta de relación y afecto impropia de un progenitor hacia su descendencia.

En estos casos, si la falta de apego y relación afecta a uno solo de los progenitores, la privación determina que el otro se convierta en único titular de la potestad parental. La medida es reversible, por cuanto el art. 170.II CC contempla expresamente que si cesa la causa que motivó la privación, los tribunales podrán acordar la recuperación si redunde en beneficio o interés del hijo. Y en tanto reversible, se considera más acorde al interés del menor que la madre no deba procurar que el padre deba ser oído aunque se trate de cuestiones que afectando al menor sean de extraordinaria o especial importancia pues no se preocupó por él desde su nacimiento, por lo que pedir su opinión en estos casos, únicamente va a originar dilaciones innecesarias en la toma de decisiones que sí pueden afectar al interés superior del hijo. Mucho más grave resulta que en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la Autoridad Judicial, lo que demoraría aun más si cabe la adopción de decisiones importantes para el hijo menor. Y en todo caso, ¿cómo se va a discrepar de manera razonable si se desconocen las necesidades, personalidad (y quizás hasta su aspecto físico), deseos y opiniones del hijo?

Como quiera que la privación tampoco impide, que a instancias del padre interesado pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y ello resultara beneficioso para el hijo en atención a las circunstancias, dicha privación no cercena irreversiblemente sus derechos como progenitor. No es el caso; en el supuesto enjuiciado, el padre no ha cumplido en modo alguno ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad pues, tras la ruptura sentimental con la madre, producida durante el embarazo, se limitó a reconocer su paternidad

---

38 STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577).

39 STS 30 enero 2024 (Tol 9864180).

cuando el niño nació, pero desapareció absolutamente de sus vidas a partir de ese momento (FD 4).

## 2. Y pese a todo.

La privación no implica la extinción de la relación paterno filial y el padre demandado continúa ostentando el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad (arts. 39 CE y 110 CC).

La privación tampoco impide, como hemos dicho, que a instancias del padre interesado pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y ello resultara beneficioso para el hijo en atención a las circunstancias. Dudoso en el caso enjuiciado.

## IV. EN CONSECUENCIA.

Debemos considerar la posibilidad in crescendo de estas situaciones de desapego familiar. No son escasos estos supuestos de abandono material y moral de padres a hijos pero también de hijos a padres. Por fortuna, nuestra jurisprudencia está reconsiderando algunos efectos jurídicos de esta falta de relaciones afectivo-familiares. En tal sentido, la doctrina jurisprudencial se está posicionando en la defensa de estas relaciones afectivo-familiares que de no tener lugar van a originar la pérdida de derechos reconocidos legalmente. Esta línea jurisprudencial va más allá de la privación de la patria potestad a aquellos progenitores que hacen dejación de sus funciones y deberes parentales y comprende a aquellos que reniegan incluso del reconocimiento del hijo, quedando excluido de la patria potestad el progenitor cuya filiación haya sido judicialmente determinada con su oposición. Este caso, supone la exclusión de la titularidad y ejercicio de la patria potestad como sanción al progenitor biológico que no acepta su paternidad habiendo sido determinada ésta judicialmente y habiéndose opuesto a su determinación, a diferencia de los supuestos de suspensión y privación en que sí ha existido atribución *ex lege* a los progenitores de la patria potestad, por el hecho de la filiación<sup>40</sup>. Sin embargo, las consecuencias son similares en ambos casos: los progenitores que se niegan a reconocer a sus hijos se desentienden y desinteresan de los mismos e incumplen sus deberes paterno-filiales materiales y morales, lo mismo que el progenitor del caso comentado que, aunque sí reconoce al hijo, se comporta con absoluto desinterés incumpliendo igualmente sus deberes paterno-filiales materiales y morales.

40 Así las SSTS 2 de febrero de 1999 (Tol 2160), 12 noviembre 2008 (Tol 1401714) matizadas por la STS 16 febrero 2012 (Tol 2459427).

Así pues, la falta de interés, contacto y preocupación son causas que están siendo recogidas por nuestra jurisprudencia para la privación o suspensión de los derechos parentales. Pero no son las únicas medidas adoptadas por nuestros tribunales. En relación con la pensión de alimentos en favor de los hijos mayores de edad (arts. 142 y siguientes CC) la inexistencia de relación entre el progenitor y el hijo, esto es, la lacra del “desapego” conlleva la extinción de la pensión de alimentos. Y eso, a pesar de que el artículo 152 CC que trata las causas de extinción del derecho de alimentos, no contempla específicamente la ausencia de relaciones paternofiliales ni se formula en ningún otro precepto<sup>41</sup> aunque puede incluirse en el art. 152.4 CC en relación con la ingratitud del alimentista. Sin embargo, la falta de relación manifiesta entre progenitor alimentante e hijo alimentista, esta ingratitud o desapego, debe ser imputable exclusivamente al hijo<sup>42</sup> y no cuando esa mala relación sea consecuencia también de un mal ejercicio de las responsabilidades parentales por ese progenitor<sup>43</sup>, en el sentido de entender que “no resulta equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares pueda beneficiarse de las ventajas de una institución cuyo fundamento son los vínculos parentales”<sup>44</sup>.

En esta misma línea, extendiendo la cuestión en materia sucesoria, para adaptarla a la realidad social, se manifiestan las SSTS 24 mayo 2022<sup>45</sup> y 19 abril 2023<sup>46</sup> sobre maltrato moral al entender nuestra jurisprudencia que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos que se puedan integrar en la causa de desheredación del art. 853.2 CC.

Luego el desinterés o “desapego afectivo familiar” cobra carta de naturaleza en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

41 Extenso trabajo al respecto de DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Extinción de la pensión de alimentos por ruptura unilateral, voluntaria y sostenida del hijo hacia el progenitor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2021), n<sup>o</sup> 97, núm. 788, pp. 3679-3689, en pp. 3682 y ss.

42 Es el caso de la SAP La Coruña 7 mayo 2021 (*Tol 8520824*) y la STS 19 febrero 2019 (*Tol 7083001*), pues para apreciar esa causa de extinción ha de quedar probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijo es principalmente imputable al hijo.

43 En este sentido, CAMPO IZQUIERDO, Á. L.: “Alimentos en hijos mayores de edad. Art. 93.2 Código Civil”, *Actualidad Civil, La ley*, Wolters Kluwer (2022), núm. 4 p. 14; asimismo, APARICIO CAROL, I.J.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 30.

44 Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Extinción de la pensión”, cit., p. 3685.

45 STS 24 mayo 2022 (*Tol 8996156*).

46 STS 19 abril 2023 (*Tol 9524362*).

DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.  
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 91/2024, DE  
24 DE ENERO (ROJ: STS 241/2024)

*DISABILITY AND MARITAL CONSENT. COMMENTARY ON THE  
SPANISH SUPREME COURT JUDGEMENT NUMBER 91/2024,  
OF JANUARY 24 (ROJ: STS 241/2024)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 568-583*



María de la  
Almudena  
CARRIÓN  
VIDAL

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El art. 45 CC establece que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial “y, de manera coherente, con esta exigencia, la primera causa de nulidad del matrimonio prevista en el art. 73.I CC es la falta de consentimiento matrimonial. El art. 73 CC no prevé la caducidad de la acción de nulidad matrimonial. La regla general, por tanto, fuera de lo previsto en los arts. 75 y 76 CC para los casos que contemplan, es que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (art. 74 y ss.) pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio; consentimiento matrimonial; caducidad de la acción; impugnación; validez.

**ABSTRACT:** *The art. 45 CC establishes that “there is no marriage without marital consent” and, consistent with this requirement, the first cause of marriage annulment provided for in art. 73.I CC is the lack of marital consent. The art. 73 CC does not provide for the expiration of the action for marital annulment. The general rule, therefore, outside the provisions of articles 75 and 76 CC for the cases they contemplate, is that people entitled to challenge the validity of a marriage (art. 74 et seq.) can do so without being subject to a deadline.*

**KEY WORDS:** *Marriage; marital consent; expiry of the action; challenge; validity.*

**SUMARIO.- COMENTARIO.- I. LA ESENCIALIDAD DEL CONSENTIMIENTO.- I. Preliminar.- 2. El consentimiento ha de ser matrimonial.- 3. Consecuencias de la inexistencia de consentimiento: nulidad radical e imprescriptibilidad de la acción de impugnación.- II. PRUEBA ACREDITATIVA DE LA INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.- III. NECESIDAD DE CONTRASTAR LOS DICTÁMENES DE LOS FACULTATIVOS CON LA EXIGENCIA DE QUE EL CONSENTIMIENTO EMITIDO SEA CALIFICABLE COMO MATRIMONIAL.- I. Preliminar.- 2. Necesidad de diferenciar los distintos alcances de ese deterioro cognitivo.- IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.- I. Nulidad radical del negocio matrimonial e imprescriptibilidad de la acción de impugnación.-2. El planteamiento de la Audiencia.- A) Nulidad relativa o anulabilidad.- B) caducidad de la acción de impugnación.- C) Existencia de error en el consentimiento matrimonial.- V. La cuestión de las medidas de apoyo.- I. Preliminar.- 2. La utilización argumental de las medidas de apoyo.- 3. Utilización del argumento a mayor abundamiento por parte de la sentencia de la AP.- VI. LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE MATRIMONIAL.**

## SUPUESTO DE HECHO

El 19 de noviembre de 2013 los cuatro hijos de Valentín presentaron demanda de modificación judicial de la capacidad de su padre (nacido en 1934), alegando que este padecía deterioro cognitivo desde 2006, con diagnóstico de Alzheimer en 2011, que afectaba sus decisiones y limitaba su vida, y solicitando que recayera en su hijo Pascual el nombramiento de tutor de su padre.

En fecha 19 diciembre del mismo año, Valentín y Jacinta (hermana de la primera esposa de Valentín (fallecida en 1996) otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, contrayendo matrimonio el 7 de febrero de 2014. Cinco días después, el 12 de ese mismo mes, Valentín otorgó testamento en el que instituía heredera a Jacinta, con sustitución a favor de los descendientes de aquella para caso de premonición, atribuyendo a sus hijos lo que por legítima les correspondiere.

El 5 de diciembre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia nº.14 de Bilbao dictó sentencia declarando la modificación de la capacidad de obrar de Valentín, tanto en el ámbito personal como patrimonial, y procediendo asimismo a la designación de tutor, recayendo tal designación en su esposa Jacinta, fallo este que devino firme.

El 15 de enero de 2015, los cuatro hijos de Valentín interpusieron demanda de nulidad matrimonial frente a Valentín y Jacinta, alegando que en el momento

### • María de la Almodena Carrión Vidal

Licenciada en Derecho y Doctora por la Universitat de València. Está especializada en Derecho de Familia y Sucesiones y ha realizado un Máster sobre estas materias en la UNED. Es autora de diversos artículos relacionados con los temas anteriores y ha participado y colaborado en Jornadas y Congresos tanto nacionales como internacionales celebrados por el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE). Ha realizado aportaciones en obras colectivas nacionales y extranjeras relacionadas con su línea de investigación. Imparte docencia como Profesora Sustituta en la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Civil) y como Profesora-Tutora de diversas asignaturas de Derecho Civil en UNED Valencia (Centro Tomás y Valiente). Correo electrónico: maria.a.carrion@uv.es.

de contraer matrimonio su padre carecía de capacidad para la prestación del consentimiento matrimonial, por lo que el matrimonio celebrado estaba afectado de nulidad conforme a lo dispuesto en los arts. 45 y 73 CC.

Tras una suspensión del curso de los autos por prejudicialidad penal, y en fecha 10 de julio de 2017 Valentín fallece y meses después, el 12 de diciembre de ese mismo año, los cuatro hijos del difunto interponen demanda de nulidad del testamento otorgado por su padre el 12 de febrero de 2014, pretensión que prospera al dictar sentencia el Juzgado de Primera Instancia nº.7 de Bilbao, declarando la nulidad del testamento otorgado por Valentín en la fecha antedicha por falta de capacidad del otorgante, y declarando válido y subsistente el testamento anterior en el cual Valentín instituía herederos a partes iguales a sus hijos. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia vino confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictada en fecha 19 de febrero de 2021, que devino firme al inadmitirse por Auto del TS (de fecha 17 de mayo de 2023) el recurso de casación interpuesto por Jacinta.

El 15 de junio de 2021, Pascual (uno de los hijos de Valentín) presentó demanda de nulidad del matrimonio celebrado entre su difunto padre y Jacinta el 7 de febrero de 2014. La pretensión prospera en Primera Instancia, dictándose sentencia estimatoria de la demanda y declarando en consecuencia la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial.

En el planteamiento del Juzgado, se trata de determinar "si en el presente supuesto hubo o no capacidad natural para prestar el consentimiento para el matrimonio, y si habrían sido necesarias medidas de apoyo para suplir su capacidad". De conformidad con la prueba practicada, y partiendo de la fecha de celebración del matrimonio (7 febrero 2014), la sentencia de la primera instancia establece un hilo conductor entre la citada fecha y el informe forense de 20 mayo de ese mismo año, (subsiguiente a su vez la exploración realizada a Valentín unos días antes (12 de mayo), en el que se concluía que Valentín "padece un deterioro cognitivo moderado que lo incapacita para el autocuidado y para las habilidades de vida independiente, para las actividades económico-jurídico-administrativas y para las disposiciones contractuales, con necesidad continua de la supervisión de terceras persona para asegurar su integridad física y mental, con incapacidad para gobernarse por sí mismo por causas psíquicas". El citado informe forense fue seguido de otro (10 febrero 2015), dictado por el mismo facultativo, y en el que, conectando de nuevo con la exploración realizada a Valentín en mayo del año anterior, se afirma que el deterioro significativo que Valentín padecía en ese momento "suele tener un inicio insidioso y una evolución progresiva y lenta durante varios años, por lo que podría estar afectado por este proceso desde varios años (de 3 a 5)". En consecuencia para el citado informe forense, dada la

proximidad entre la fecha en que el matrimonio se celebró (17 de febrero) y la exploración practicada a Valentín (12 de mayo), cabía inferir que ya en la fecha en que el matrimonio se celebró “el Sr. Valentín presentaba entonces el mismo deterioro cognitivo que durante su exploración, y por tanto, no tenía el juicio y razonamiento suficiente para entender la trascendencia y alcance de cuestiones complicadas como pueden ser unas capitulaciones matrimoniales”.

Con apoyo además en la prueba testifical practicada, lo que todo ello revela es que “en el momento de contraer matrimonio, D. Valentín no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido para ello, no comprendía el alcance y trascendencia del acto, por lo que no hubo consentimiento, ni tampoco se le prestó apoyo en ese momento”.

Reiterando esa interesante idea de la falta de apoyos, y a lo que parece dando por supuesta su procedencia en el caso enjuiciado, el fallo del Juzgado recalca: “Por ello se entiende también que D. Valentín, en el momento de contraer matrimonio, se encontraba en unas circunstancias en las que hubiera sido preciso que hubiera estado asistido y hubiera requerido el apoyo de medidas que no tuvo. Por todo ello, concluye el fallo del Juzgado, se considera que no hubo consentimiento matrimonial y por tanto que el matrimonio es nulo”.

Contra la sentencia dictada en la primera instancia, Jacinta interpone recurso de apelación, instando la íntegra desestimación de la demanda, y articulando aquél en tres motivos: error en la apreciación de la prueba; infracción del principio general de presunción de capacidad y del de *favor matrimonii* de la Ley 8/2021, y reciente doctrina del Tribunal Supremo, e infracción de los arts. 1301 y 1302.3° por hallarse caducada la acción de nulidad ejercitada. Sin duda, este tercer motivo (el de caducidad de la acción ejercitada, en opinión de la recurrente en apelación, ante el Juzgado) constituía el eje de su argumentación, y, extrañamente, el que habría de prosperar en apelación.

Para la recurrente, “conforme a lo dispuesto en el art. 1301 y 1302.3° en su vigente redacción, que resulta de aplicación en virtud de lo dispuesto en la DA sexta de la Ley 8/21, la acción ejercitada está caducada, pues al haberse prestado el consentimiento prescindiéndose de las medidas de apoyo, el plazo para poder ejercitar la acción de nulidad comienza a correr a partir de la fecha de celebración del matrimonio que se celebró el 7 de febrero de 2014, habiéndose presentado la demanda en mayo de 2021, transcurridos ampliamente los cuatro años fijados para su ejercicio”.

Dada la esencialidad de la argumentación acerca de la prescripción de la acción, el enfoque del fallo de la Audiencia se centra en ella, y la acoge. La caducidad de acciones, a diferencia de la prescripción de aquellas, puede ser apreciada de

oficio. El fallo de la Audiencia rechaza estar ante una acción imprescriptible, como pretendía la parte recurrida, sino más bien al contrario, ante una acción sujeta a plazo de caducidad, cuya apreciación de oficio puede llevarse a cabo por el juzgador. Partiendo de dicha premisa, se afirma.

“La nulidad del matrimonio que ha sido declarada en la sentencia recurrida lo es por un vicio, error en el consentimiento, recogido en el art. 1266 CC y así se dice en la sentencia recurrida que: “D. Valentín en el momento de contraer matrimonio, no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido para ello, no comprendía el alcance y trascendencia del acto, por lo que no hubo consentimiento, ni tampoco se le prestó apoyo en ese momento. No estamos por tanto ante una ausencia de consentimiento, pues D. Valentín prestó su consentimiento en pleno ejercicio de sus capacidades y de forma libre y voluntaria. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, y no en un supuesto de nulidad radical y absoluta, y en consecuencia son aplicables los plazos de caducidad previstos en el art. 1301 CC, en la redacción vigente a la fecha de celebración del matrimonio, y no la actual, lo que en nada incide a la hora de apreciar la caducidad de la acción ejercitada, pues nos encontramos ante un supuesto de error en el consentimiento (art. 1301, párrafo 3º), y el plazo para el ejercicio de la acción comienza a correr desde la consumación del contrato, que en este caso es la fecha de celebración del matrimonio”.

En definitiva, para el fallo de la Audiencia, y a efectos de la apreciación de la caducidad de la acción ejercitada, es irrelevante el cambio de redacción del art. 1301 CC subsiguiente a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, porque en cualquier caso dicho cambio carece de incidencia sobre ese plazo de caducidad (cuatro años, contados ya desde la “consumación” (art. 1301.2º), ya desde la “celebración” (art. 1301.4º) del contrato): “supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, y no un supuesto de nulidad absoluta, cuya acción sería imprescriptible”.

7 junio 2014-15 junio 2021: ninguna duda cabe por cuanto se refiere a la caducidad de la acción.

Contra la sentencia de la Audiencia, Pascual (uno de los hijos de Valentín) interpone ante el TS recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, afirmando que, como consecuencia de la ausencia de consentimiento, la acción era imprescriptible, no cabía apreciar la caducidad prevista para la anulabilidad contractual, y el matrimonio celebrado entre Valentín y Jacinta es nulo.

## **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

El TS desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

“En atención a la peculiar naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos”.

“El art. 45 CC establece que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial “y, de manera coherente, con esta exigencia, la primera causa de nulidad del matrimonio prevista en el art. 73.I CC es la falta de consentimiento matrimonial. Así, conforme al art. 73.I CC, es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración, “el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.

“El art. 73 CC no prevé la caducidad de la acción de nulidad matrimonial. La regla general, por tanto, fuera de lo previsto en los arts.75 y 76 CC para los casos que contemplan, es que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (art. 74 y ss.) pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo”.

“En el caso que juzgamos no se ha discutido el interés directo y legítimo del hijo para impugnar la validez del matrimonio de su padre por falta de consentimiento matrimonial. La razón por la que la Audiencia ha desestimado la acción de nulidad matrimonial ejercitada por el hijo es que ha apreciado la caducidad de la acción de anulabilidad contractual, para lo que ha afirmado que la nulidad apreciada por el Juzgado fue por error vicio del consentimiento porque sí hubo consentimiento matrimonial (cuando lo cierto es que el Juzgado apreció que no hubo consentimiento), lo que no se ajusta a la regulación de la nulidad matrimonial. Se infringe el art. 130I CC, que no debió ser aplicado, y se infringe el art. 73 CC, que establece como regla general la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento sin establecer un plazo de caducidad de la acción”.

## COMENTARIO

### I. LA ESENCIALIDAD DEL CONSENTIMIENTO.

#### I. Preliminar.

*Consensus facit nuptias*, se afirma en las fuentes romanas. El matrimonio se fundamenta en el consentimiento: sin consentimiento no hay matrimonio. El consentimiento es la causa eficiente del negocio matrimonial. La sentencia objeto del presente comentario oscila precisamente sobre el consentimiento matrimonial, aunque en el caso concreto enjuiciado sobre la inexistencia de ese consentimiento, circunstancia que, de forma necesaria, había de conducir a la confirmación por el TS del fallo recaído en la primera instancia y declarativo de la nulidad del matrimonio celebrado por Valentín y Jacinta el 7 de febrero de 2014.

El art. 45 CC, en su relación con el art. 73.I se constituyen en fundamento mismo del fallo del TS, y ocupan una gran parte de la argumentación de la

sentencia ("El art. 45 CC establece que "no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial" y, de manera coherente con esta exigencia, la primera causa de nulidad del matrimonio prevista en el art. 73.1 CC es la falta de consentimiento matrimonial") (fundamento de derecho cuarto).

## **2. El consentimiento ha de ser matrimonial.**

Es importante tener presente, cuando se habla del consentimiento en el matrimonio, el adjetivo matrimonial, subsiguiente al sustantivo consentimiento, e introducido tras la reforma del CC por la Ley 30/81, que precisamente viene a poner de manifiesto el alcance de ese consentimiento, que implica por parte del contrayente que lo emite capacidad natural de entender y de querer esa realidad compleja en la que el matrimonio consiste como negocio jurídico, ese entramado de derechos y deberes constitutivo de la causa o función del mismo matrimonio, y que, en consecuencia sólo hacen posible entender que existe ese consentimiento cuando éste se concibe como adhesión de cada uno de los contrayentes a esa causa negocial. Adhesión entendida desde una perspectiva de bilateralidad o correspectividad (cada contrayente se obliga hacia el otro porque éste a su vez se obliga hacia él).

Por tanto, si conforme a la opinión general, en el negocio matrimonial se han de distinguir dos aspectos íntimamente relacionados: matrimonio como acto y matrimonio como relación jurídica dimanante del acto, un adecuado tratamiento del consentimiento matrimonial exige necesariamente concluir que, sólo cabe hablar de consentimiento matrimonial cuando éste se refiera a esa doble dimensión, es decir, cuando el sujeto que lo celebre sea capaz de entender y querer no sólo el acto de celebración sino, además, el alcance y contenido de la relación jurídica que nace de aquél.

## **3. Consecuencias de la inexistencia de consentimiento: nulidad radical e imprescriptibilidad de la acción de impugnación.**

La importancia central de la prueba relativa a la inexistencia de consentimiento se muestra con claridad con solo tener en cuenta la importancia de tal circunstancia sobre dos importantes extremos de ella subsiguientes: de un lado, la determinación del grado de ineficacia del matrimonio así celebrado. De otro, la imprescriptibilidad o no de la acción de impugnación de aquél. Y es que, debidamente probada (como ocurrió en el supuesto) la inexistencia de consentimiento, el modo de ineficacia exigible para ese pretendido matrimonio no es otro que el de la nulidad radical y absoluta, y, a su vez, siendo el matrimonio radicalmente nulo, la acción de impugnación es imprescriptible. Todo ello situaría el supuesto de hecho enjuiciado en un plano totalmente distinto de aquél otro exigible en el caso de tratarse de un matrimonio en el que fuere posible apreciar la existencia de consentimiento,

aunque no íntegro sino viciado, caso en el cual la modalidad de ineficacia no sería la de nulidad absoluta, sino la de anulabilidad, ni tampoco cabría hablar entonces de imprescriptibilidad de la acción de impugnación, sino de la existencia de un plazo de caducidad para aquella.

Acertadamente destaca en este sentido la sentencia que “fuera de lo previsto en los arts. 75 y 76 CC para los casos que contemplan, la regla general es que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (arts. 74 y ss. CC) pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo” (fundamento de derecho cuarto).

Y es que el legislador del CC distingue con suma claridad aquellos supuestos que lo son de inexistencia de consentimiento matrimonial, de aquellos otros en los que ese consentimiento existe (aunque ese consentimiento no sea un consentimiento íntegro), Así, mientras que las figuras de simulación y de reserva mental, lo son de inexistencia de consentimiento, aquellas otras como las de error, coacción o miedo grave, lo son de consentimiento no íntegro sino viciado. El régimen es totalmente distinto en ambos casos (art. 74 CC, para los supuestos de inexistencia de consentimiento, art. 76.2 CC, para los que lo son de consentimiento no íntegro).

Es fácil comprender, por ello, el interés de la parte apelante y luego recurrida en casación, de tratar de reconducir el supuesto, al ámbito de la anulabilidad matrimonial y no al de la nulidad radical y absoluta.

## **II. PRUEBA ACREDITATIVA DE LA INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.**

El fundamento de derecho quinto de la sentencia objeto de comentario comprende un gran número de consideraciones obvias, como las referidas al reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para a continuación, destacar la necesidad de que, para el ejercicio de tal derecho, la persona goce de capacidad para consentir el matrimonio, para comprender el sentido y efecto de su decisión.

En el caso enjuiciado, la cuestión de la capacidad de D. Valentín para la emisión de consentimiento matrimonial se mueve entre dos polos opuestos. De una parte, el de la prueba practicada en la primera instancia, y acogida en casación, “que permite llegar a la conclusión de que la presunción legal para prestar consentimiento ha quedado completamente desvirtuada”, y, de otra, la de la recurrente en apelación y luego recurrida en casación, tendente a demostrar lo contrario (“No estamos por tanto ante una ausencia de consentimiento, pues



D. Valentín prestó su consentimiento en pleno ejercicio de sus capacidades y de forma libre y voluntaria”).

De lo que no cabe duda es que la contundencia de la prueba practicada y encaminada a demostrar la imposibilidad de D. Valentín para emitir un consentimiento calificable como matrimonial, desvirtuaba completamente la intrínseca debilidad de la practicada por la parte contraria.

Y es que la fecha de celebración del matrimonio (7 febrero 2014), anterior, por tanto, al primer informe forense (de 20 mayo de ese año, subsiguiente a la exploración realizada a D. Valentín unos días antes), era incapaz de enervar la destrucción de esa presunción de capacidad, dada la afirmación contenida en el informe forense de febrero 2015, relativa a la evolución progresiva de ese deterioro cognitivo, que podría haber comenzado tres o cinco años atrás, con lo que la fecha de celebración del matrimonio quedaba así comprendida ya en tiempo en el que D. Valentín carecía de esa capacidad.

De otro lado, la prueba testifical (testimonios del Sr. Ismael, de D<sup>a</sup> Marcelina y el de los agentes de la Ertzaintza (“personas de las que no se duda de su imparcialidad y objetividad”) reforzaba los dictámenes de los facultativos.

Frente a la contundencia de la prueba practicada, la intrínseca debilidad de la propuesta por la demandada (D<sup>a</sup> Jacinta y sus hijos), “manifiestan en el acto del juicio que D. Valentín tenía capacidad para prestar consentimiento y que se encontraba bien, achacando un cierto empeoramiento del mismo sólo a raíz del episodio del traslado (de D. Valentín) por la policía al juzgado”, y esa intrínseca debilidad se desprende de la circunstancia de que “estas manifestaciones han de valorarse en la justa medida y con prudencia, ya que se trata de la contraparte y sus hijos”. Asimismo, el testimonio de la forense en el juicio descalifica por completo el argumento de que ese “trastorno crónico por periodo prolongado (y presumiblemente existente ya varios años antes de la fecha misma de la celebración del matrimonio) puede haberse producido por un hecho como la intervención policial en el domicilio” (para conducir a D. Valentín al juzgado). En cuanto a la testifical, a la pregunta a la Sra. Sonsoles, acerca de si, en su opinión, D. Valentín tenía capacidad para casarse, contesta la testigo simplemente que “conversaba bien”.

Tampoco queda demostrado el deseo de D. Valentín de contraer matrimonio con D<sup>a</sup> Jacinta, sin que la circunstancia de que esta no estuviere divorciada sino solamente separada, pueda servir de argumento dada la posibilidad de aquella de solicitar el divorcio del que aún era su marido, a fin de poder así contraer con D. Valentín, si es que lo deseaba.

### III. NECESIDAD DE CONTRASTAR LOS DICTÁMENES DE LOS FACULTATIVOS CON LA EXIGENCIA DE QUE EL CONSENTIMIENTO EMITIDO SEA CALIFICABLE COMO MATRIMONIAL.

#### I. Preliminar.

Se trata, pues, de llevar a cabo una labor de contraste entre los dictámenes emitidos por los facultativos respecto a la capacidad de D. Valentín para emitir consentimiento, y la exigencia legal de que el consentimiento emitido por el contrayente sea calificable como matrimonial a efectos de tener por válido el matrimonio celebrado.

En el informe forense de 20 mayo 2014, y subsiguiente a la exploración realizada a aquél el 12 de mayo, se concluía que el Sr. Valentín padecía “un deterioro cognitivo moderado que lo incapacita para el autocuidado y para las habilidades de vida independiente, para las actividades económico-jurídico-administrativas y para las disposiciones contractuales, con necesidad continua de la supervisión de terceras personas para asegurar su integridad física y mental, con incapacidad para gobernarse por sí mismo por causas psíquicas”.

En el informe forense de 10 febrero 2015, se añade un dato de singular importancia al afirmar que el “deterioro significativo” que padecía D. Valentín, constatado a raíz de la exploración antedicha, “suele tener un inicio insidioso y una evolución progresiva y lenta durante varios años, por lo que podría estar afectado por este proceso desde varios años (de 3 a 5 años)”, lo que permitía concluir que “dado que la fecha de celebración del matrimonio fue en 2014 (7 de febrero), el Sr. Valentín presentaba entonces el mismo deterioro cognitivo que durante su exploración (12 de mayo de ese mismo año), y “por tanto no tenía el juicio y razonamiento suficiente para entender la trascendencia y alcance de cuestiones complicadas como pueden ser unas capitulaciones matrimoniales”.

En definitiva, aun siendo ese informe forense de mayo 2014, este retrotraería sus efectos a una fecha anterior (dada esa evolución progresiva de la enfermedad), concretamente a la del 7 de febrero de ese mismo año, con lo que la prueba practicada ponía de manifiesto que ya “en el momento de contraer matrimonio (D. Valentín) no estaba en condiciones de prestar un consentimiento válido para ello, no comprendía el alcance y trascendencia del acto, por lo que no hubo consentimiento, ni tampoco se le prestó apoyo en ese momento”.

#### 2. Necesidad de diferenciar los distintos alcances de ese deterioro cognitivo.

Es importante diferenciar dos planos distintos, cuyas consecuencias deberían serlo también, en lo que se refiere a ese deterioro cognitivo que el fallo da como

probado. Y es que en la argumentación utilizada ese deterioro se refiere por igual al autocuidado y a las habilidades de vida independiente, de un lado, y a las actividades jurídico-administrativas y a las disposiciones contractuales, de otro.

Las limitaciones de una persona, por edad o por un cierto grado de deterioro cognitivo, y que puedan tener como consecuencia la necesidad de ayudar al sujeto a llevar a cabo, por ejemplo, la declaración del IRPF, o los fallos, que en temas administrativos o contables quepa apreciar en aquél, no implican necesariamente, ni deben tener como consecuencia necesaria la de inferir de ellos la incapacidad del sujeto para algo totalmente distinto como lo es la de captar con pleno conocimiento la realidad misma de lo que es el negocio jurídico matrimonial, y ello en su doble vertiente, como acto y como relación. Se quiere poner de manifiesto que, existen muchísimas personas de edad avanzada, que precisan de ayuda por parte de hijos, u otros familiares, en temas contables, o en general de naturaleza económica o administrativa, como, por ejemplo, la correcta interpretación de una notificación municipal, sin que ello les impida lo más mínimo el tener sumamente claro que es el matrimonio y a que obliga éste, y que si decidieran contraerlo podrían hacerlo con total conocimiento de esa realidad.

En este sentido, la sentencia del Juzgado parece colocar en un mismo plano, realidades muy distintas. Por un lado, el autocuidado, o las habilidades de vida independiente, y, por otro, la de entender la trascendencia de unas capitulaciones matrimoniales, la necesidad de ayuda para confeccionar la declaración de renta, o algunas faltas de lucidez respecto de ciertos documentos bancarios.

En definitiva, la existencia de la enfermedad de Alzheimer en un estado avanzado, y presente ya cuando se celebró el matrimonio, puede impedir, "entender la magnitud, trascendencia o consecuencias del matrimonio, por lo que no hubo consentimiento", y en el caso concreto enjuiciado lo impidió efectivamente. Pero ni siquiera es en esa sola circunstancia en la que deberá fundamentarse la inexistencia de consentimiento y la consiguiente nulidad radical del matrimonio celebrado ("En el caso que juzgamos, el Juzgado no declaró la nulidad del matrimonio por el mero hecho de que el Sr. Valentín padeciera Alzheimer, sino porque a la vista de toda la prueba practicada llegó a la conclusión de que había quedado acreditado que la enfermedad le afectaba del tal manera que no pudo emitir un válido consentimiento matrimonial"). Como se ha dicho, es necesario separar este plano de aquel referido a circunstancias no impositivas de la existencia, en su caso, de un consentimiento matrimonial, como pueden serlo las habitualmente denominadas pérdida de facultades (lucidez mental, memoria, agilidad intelectual, comprensión de escritos o documentos en general), y que, de ninguna manera podrían calificarse como obstáculos para una correcta comprensión de la naturaleza, alcance y consecuencias del negocio jurídico matrimonial.

La concurrencia de tales circunstancias podrá y habrá de ser tenida en cuenta en el conjunto de la prueba practicada, pero no como determinantes por sí solas de la imposibilidad del sujeto para emitir un consentimiento matrimonial que pueda calificarse como tal.

“El Sr. Valentín no pudo emitir consentimiento matrimonial, pues su falta de independencia personal y de conciencia sobre sus relaciones afectivas nos coloca ante un caso evidente de falta de capacidad natural para comprender el sentido del compromiso matrimonial y sus consecuencias”.

#### **IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.**

##### **I. Nulidad radical del negocio matrimonial e imprescriptibilidad de la acción de impugnación.**

El carácter imprescriptible de la acción de impugnación es consecuencia de la modalidad de ineficacia derivada del matrimonio celebrado sin consentimiento. Si para éste se exige la nulidad radical, la consecuencia en cuanto a la acción para impugnarlo no puede ser otra que la de la imprescriptibilidad de aquella. Los viejos aforismos “Lo que es nulo no produce efectos”, “lo que es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo”, resultan aplicables en este caso. Se está ante un negocio jurídico (en este caso, el matrimonio) que carece de un elemento esencial (el consentimiento), y si, tratándose de contratos patrimoniales, la nulidad radical de los celebrados sin consentimiento es evidente conforme al art. 1261.I CC, que emplea la clara expresión “No hay contrato”, la calificación no puede ser distinta para el caso del matrimonio celebrado sin consentimiento. En ambos casos, la carencia afecta a un elemento estructural del negocio, cuya naturaleza hace imposible que, faltando aquél, el negocio mismo llegue a alcanzar existencia.

##### **2. El planteamiento de la Audiencia.**

###### *A) Nulidad relativa o anulabilidad.*

La AP de Bilbao se aparta de la modalidad de ineficacia negocial defendida por la sentencia del Juzgado: de nulidad radical y absoluta por inexistencia de consentimiento a la de nulidad relativa o anulabilidad. Obviamente, para sostener la citada modalidad de ineficacia negocial, se exigía partir en el fallo de la Audiencia de un presupuesto previo, el de estimar que existió consentimiento matrimonial, aunque no íntegro, sino viciado. (“No estamos por tanto ante una ausencia de consentimiento, pues D. Valentín prestó su consentimiento en pleno ejercicio de sus capacidades y en forma libre y voluntaria”).

*B) Caducidad de la acción de impugnación.*

Situada la argumentación de la sentencia de la Audiencia en el ámbito de la anulabilidad, la caducidad de la acción de impugnación y la consiguiente competencia del juzgador para apreciarla de oficio aparecía como consecuencia.

“En consecuencia, son aplicables los plazos de caducidad previstos en el art. 1301 CC, en la redacción vigente a la fecha de la celebración del matrimonio, y no la actual”.

*C) Existencia de error en el consentimiento matrimonial.*

“La nulidad del matrimonio que ha sido declarada en la sentencia recurrida lo es por un vicio, error en el consentimiento, recogido en el art. 1266 del CC. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, y no en un supuesto de nulidad radical y absoluta”

El recurso argumental a la figura del error en los contratos patrimoniales por parte de la Audiencia, con la finalidad de fundamentar en ella el encuadre del supuesto enjuiciado es sorprendente. Y es que si ese pretendido error de D. Valentín se quisiera referir, de conformidad con el propio art. 1266 CC, al negocio jurídico matrimonial, lógicamente, tendríamos que referirlo bien, a la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, bien, a aquellas condiciones de la misma (de la cosa) que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, lo que a su vez nos llevaría a concluir que la sustancia de la cosa se identificaría con el mismo negocio jurídico matrimonial, con lo que se estaría ante un error recayente sobre la naturaleza misma del matrimonio, lo que hace imposible esa pretendida compatibilidad con la existencia de consentimiento aun viciado. Si, de otra parte, y siguiendo en ese ámbito del 1266, quisiéramos referir el error a aquellas condiciones de esta (de la cosa) que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, no se acaba de ver cuáles serían esas condiciones sobre las que erró D. Valentín al contraer. Ello llevaría a establecer una comparación imposible, entre los arts. 1266 y 73. 4º CC, tratando de encontrar algún punto de conexión entre condiciones que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (el contrato) (art. 1266), de un lado, y, de otro, aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento (art. 73. 4º). En todo caso, nada de todo lo afirmando tiene sentido referirlo al supuesto enjuiciado, en el que lo que se muestra con claridad es la inexistencia de consentimiento, lo que convierte en tarea inútil tratar de presuponer un consentimiento que, precisamente, sólo cuando existe, tiene sentido calificar, en su caso, de no íntegro o viciado.

## V. LA CUESTIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO.

### I. Preliminar.

La referencia a las llamadas medidas de apoyo es un tema recurrente que aparece en la sentencia del Juzgado, y en la de la AP. Decimos recurrente al carecer por completo de incidencia en la problemática del supuesto que se contempla, dada la fecha de celebración del matrimonio (7 febrero 2014), en la cual no existían más medidas de apoyo que las que, en su caso, pudieran haberse practicado al amparo del párrafo 2º del art. 56 CC, que, desde luego, no cabía considerar propiamente tales, y que en sede de tramitación del expediente matrimonial, se limitaba a decir: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento”.

El supuesto de hecho se encuadra en un periodo anterior a las leyes 15/2015, de 2 de julio y 4/2017, de 28 de junio.

### 2. La utilización argumental de las medidas de apoyo.

Llama la atención las referencias a las llamadas medidas de apoyo por parte del Juzgado, por cuanto no se entiende a qué medidas de apoyo se hace referencia debido al encuadre temporal del supuesto que se contempla. En febrero de 2014, las “medidas de apoyo” no podían ser otras que aquellas que tuvieran cabida en la normativa aplicable, que no era otra que la del art. 56.2 CC (en su redacción de 1981)

“No hubo consentimiento, ni tampoco se le prestó apoyo en ese momento”, afirma el juzgado.

### 3. Utilización del argumento a mayor abundamiento por parte de la sentencia de la AP.

El recurso a las medidas de apoyo por parte de la SAP no merece la misma crítica, y ello porque, acertadamente, no fundamenta en la ausencia de tales medidas, el encuadre en la categoría de la anulabilidad del supuesto enjuiciado. La sentencia de la Audiencia alude, como se ha afirmado, a la inexistencia de tales medidas, pero poniendo de relieve la necesidad de resolver al amparo de la legislación vigente al tiempo de la celebración del matrimonio.

“Nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, y no en un supuesto de nulidad radical y absoluta, y en consecuencia son aplicables los plazos de caducidad previstos en el art. 1301 CC, en la redacción vigente a la

fecha de celebración del matrimonio, y no la actual, lo que en nada incide a la hora de apreciar la caducidad de la acción ejercitada, pues nos encontramos ante un supuesto de error en el consentimiento (art. 1301, párrafo 3º), y el plazo para el ejercicio de la acción comienza a correr desde la consumación del contrato, que en este caso es la fecha de celebración del matrimonio”.

“La actual redacción del art. 1301 CC, que en su apartado 4º recoge expresamente el supuesto de hecho aquí acaecido: “4º. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato”, no viene sino a corroborar, sin ninguna duda, que en el caso de autos nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, y no en supuesto de nulidad absoluta, cuya acción sería imprescriptible”.

## **VI. LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE MATRIMONIAL.**

“Es cierto que no se apreció en la tramitación del expediente matrimonial la imposibilidad del Sr. Valentín de prestar consentimiento matrimonial, pero también es verdad que el Encargado del Registro civil no pudo contar con todos los datos de carácter médico, familiar y social que se han acreditado en este procedimiento para valorar si la solicitud de contraer matrimonio respondía a la expresión de la voluntad libremente formada. Debemos observar que, si el hecho de no haberse apreciado la falta de aptitud para emitir consentimiento matrimonial en la tramitación del expediente impidiera declarar judicialmente la nulidad, el régimen de nulidad del art. 73 CC quedaría sin contenido” (fundamento de derecho quinto).

Por ello, resulta difícil de explicar que el Encargado del Registro civil, en fase de tramitación del expediente matrimonial, no detectara circunstancia alguna en D. Valentín que, al menos, le hiciera levantar una mínima sospecha sobre su aptitud para prestar consentimiento en ese proyectado matrimonio, y que, en consecuencia, y al amparo del art. 56.2 CC (en su redacción de 1981) hubiere procedido a exigir dictamen médico sobre aquella.

Las consideraciones al respecto de la sentencia no constituyen explicación de esa flagrante contradicción entre, de una parte, la superación sin el menor tipo de problema por D. Valentín del control de su capacidad en esa fase de tramitación del expediente, y la multitud de datos existentes en sentido contrario y contenidos en la documentación elaborada muy pocos meses después.

**MATRIMONIO EN PELIGRO DE MUERTE Y SIMULACIÓN.  
COMENTARIO A LA SAP BARCELONA, NÚM 105/2022,  
DE 15 FEBRERO (ROJ: SAP B 1450/2022)**

***MARRIAGE IN DANGER OF DEATH AND SIMULATION.  
COMMENTARY ON SAP BARCELONA, N. 105/2022, OF 15  
FEBRUARY (ROJ: SAP B 1450/2022)***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 584-595*



María de la  
Almudena  
CARRIÓN  
VIDAL

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El art. 52 del Código Civil contempla la válida celebración del matrimonio por quien se halla en peligro de muerte, ampliando las personas que pueden autorizarlo y omitiendo la formación de expediente previo.

Para evitar la inscripción de matrimonios que persiguen otros fines distintos (como puede ser la percepción de una pensión de viudedad) se tendrá en cuenta la existencia de un vínculo sentimental previo entre los contrayentes.

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio; peligro de muerte; inscripción; fines; vínculo sentimental.

**ABSTRACT:** *The art. 52 of the Civil Code contemplates the valid celebration of marriage by someone who is in danger of death, expanding the people who can authorize it and omitting the formation of a prior file.*

*To avoid the registration of marriages that pursue other purposes (such as the receipt of a widow's pension), the existence of a prior sentimental bond between the spouses will be taken into account.*

**KEY WORDS:** Marriage; danger of death; registration; purposes; sentimental relationship.

**SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. ¿EXISTENCIA DE UNA SIMULACIÓN QUE “VICIA LA EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL”?- III. EL VERDADERO ALCANCE NORMATIVO DE LA POSICIÓN DE UNA CONDICIÓN, TÉRMINO O MODO, EN LA EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.- IV. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE EL ART. 52 CC.- V. ¿“RIESGO DE MORIR EN CUALQUIER MOMENTO Y DE FORMA INMEDIATA”.- VI. MATRIMONIO CELEBRADO *IN ARTICULO MORTIS* Y “VOLUNTAD DE ASUMIR LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MATRIMONIO”.- VII. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE COMENTARIO-. 1. “Tenía voluntad de contraer matrimonio con la Sra. Eva María”.- 2. “Esa voluntad se encontraba dirigida por una finalidad distinta a la de contraer matrimonio”.- 3. En atención a la naturaleza de los fines perseguidos por los contrayentes.- VIII. LA EXIGENCIA, A EFECTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO *IN ARTICULO MORTIS*, DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN SENTIMENTAL Y DURADERA EN EL TIEMPO. ¿ES ADMISIBLE DICHA EXIGENCIA?-. IX. CONCLUSIÓN.**

---

## SUPUESTO DE HECHO

D<sup>a</sup>. Almudena interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Cerdanyola de Vallés demanda de nulidad matrimonial contra D<sup>a</sup>. Eva María, quien había contraído matrimonio *in articulo mortis* con D. Fausto, padre de la demandante, el 9 de junio de 2017, y cuyo fallecimiento tuvo lugar el 10 de junio, un día después de celebrado el matrimonio.

El Juzgado estimó en su integridad la demanda formulada, declarando en consecuencia la nulidad del matrimonio.

Frente a la referida resolución, D<sup>a</sup>. Eva María interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, interesando la revocación de la sentencia recaída en la primera instancia, y el mantenimiento de la validez del matrimonio celebrado *in articulo mortis*, con todos los efectos derivados de tal declaración.

La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó la apelación, confirmando en su integridad la sentencia dictada en primera instancia.

La argumentación de la demandante (D<sup>a</sup>. Almudena) se fundamentó en que D<sup>a</sup> Eva María vino trabajando durante muchos años como empleada de hogar para su padre, D. Fausto, quien en el momento de su fallecimiento contaba con ochenta y cinco años, y que encontrándose ingresado en un centro hospitalario, D<sup>a</sup>. Eva

### • María de la Almudena Carrión Vidal

Licenciada en Derecho y Doctora por la Universitat de València. Está especializada en Derecho de Familia y Sucesiones y ha realizado un Máster sobre estas materias en la UNED. Es autora de diversos artículos relacionados con los temas anteriores y ha participado y colaborado en Jornadas y Congresos tanto nacionales como internacionales celebrados por el Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE). Ha realizado aportaciones en obras colectivas nacionales y extranjeras relacionadas con su línea de investigación. Imparte docencia como Profesora Sustituta en la Facultad de Derecho (Departamento de Derecho Civil) y como Profesora-Tutora de diversas asignaturas de Derecho Civil en UNED Valencia (Centro Tomás y Valiente).  
Correo electrónico: maria.a.carrion@uv.es.

María le convenció para contraer matrimonio, pese a que nunca había existido relación sentimental alguna entre ellos, ni tampoco su padre había manifestado nunca la intención de casarse con la Sra. Eva María.

Frente a tales argumentos, D<sup>a</sup>. Eva María manifestó que durante nueve años estuvo trabajando, como empleada de hogar, para D. Fausto, teniendo en principio una relación de amistad, que posteriormente paso a ser de pareja, por lo cual ella trasladó su residencia al domicilio de D. Fausto, a todo lo cual siguió una petición de matrimonio por parte D. Fausto, padre de la demandante.

Se tiene asimismo por probado que si bien D. Fausto, al hallarse en el pleno uso de sus facultades mentales, tenía capacidad para contraer matrimonio, pese a la gravedad de la enfermedad que padecía, y tenía asimismo voluntad de contraerlo con D<sup>a</sup>. Eva María, esa voluntad "se encontraba dirigida por una finalidad distinta a la de contraer matrimonio, y de esa forma utiliza la institución del matrimonio para conseguir garantizar lo que consideraba era mejor para su hija discapacitada, creyendo asegurar que de esa forma su hija estaría correctamente atendida en el domicilio en el que residía, lo que entendía que beneficiaba tanto a la hija ahora demandante como a la propia Sra. Eva María, quien de esa forma tendría derecho a residir en la vivienda familiar en compañía de la hija del Sr. Fausto y además obtendría una compensación económica en forma de pensión de viudedad, y ello por mucho que la realidad posterior haya puesto de manifiesto la equivocación del planteamiento por cuanto ha quedado acreditado que la Sra. Eva María presenta una demanda con la finalidad de remover del cargo tutelar a la Fundación Malla, designada por el Sr. Fausto para que asumiera la curatela de su hija tal y como consta en la sentencia de incapacitación de fecha 7 noviembre de 2017, sino que además presenta una demanda de juicio ordinario en reclamación de la cuarta viudal contra la propia hija del Sr. Fausto, donde le reclama la cantidad de 72.326,85 euros, lo que de forma evidente no responde a los deseos protectores de su hija por parte del Sr. Fausto" (fundamento de derecho segundo).

La inexistencia de un consentimiento calificable como "matrimonial", aparece como fundamento mismo del fallo de la AP, confirmatorio del del Juzgado. Para la SAP, "la falta de consentimiento matrimonial" se presenta de forma nítida.

Estamos ante "un acuerdo de intereses mutuos, por un lado, el deseo del padre de que su hija con una importante discapacidad estuviera asistida tras su fallecimiento, y, por otro lado, el deseo de la otra parte de obtener un beneficio económico, que se pone todavía más en evidencia tras las actuaciones de la demandada ahora recurrente tras el fallecimiento del Sr. Fausto".

"Consiguientemente, es correcta la conclusión a la que llega la sentencia recurrida. El Sr. Fausto con la celebración del matrimonio perseguía garantizar

el futuro de su hija discapacitada, persiguiendo que cuando él faltara su hija se encontrara correctamente atendida en el domicilio familiar en el que seguiría viviendo, mientras que la Sra. Eva María obtendría el derecho a tener su residencia en la vivienda que había constituido el domicilio familiar del Sr. Fausto y de su hija y obtendría una pensión de viudedad. . .”.

La conclusión a la que llega el órgano jurisdiccional en sede de apelación es clara:

“Lo que desde luego no constituye (ese “acuerdo de intereses mutuos”) es una voluntad de asumir los derechos y obligaciones derivadas del matrimonio, por lo que en el presente supuesto nos encontramos ante la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial, por lo que de acuerdo con lo que establecen los artículos 45 y 73.I del Código Civil procede la declaración de nulidad del matrimonio, y consiguientemente confirmar la sentencia recaída en la primera instancia”.

### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

“El art. 52 del Código Civil contempla la válida celebración del matrimonio por quien se halla en peligro de muerte, ampliando las personas que pueden autorizarlo y omitiendo la formación de expediente previo”.

“La institución del matrimonio en peligro de muerte se caracteriza por la inminencia probable de muerte, como existe en aquellos casos en que existe una enfermedad terminal que conlleva A) tanto un progresivo deterioro y agotamiento de las facultades físicas de quien las sufre, como un riesgo inminente, no siendo solo posible estar en fase terminal de una grave enfermedad reconocida, sino un riesgo de morir en cualquier momento y de forma inmediata. B) como una disminución de las facultades de carácter mental o psicológico”.

“Por ello, el problema que se plantea en esta forma de matrimonio es determinar si el contrayente que se halla en peligro de muerte tenía, en el momento de la celebración del matrimonio, la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial y, en su caso, si tal consentimiento efectivamente existió. 1º. No será necesario aportar un dictamen médico que acredite la aptitud del contrayente enfermo para prestar el consentimiento (art. 56 CC y art. 245 RRC) si el autorizante del matrimonio juzga por sí que el enfermo tiene la conciencia suficiente para contraer matrimonio, pues la exigencia del certificado médico corroborante no compagina con la urgencia de todo matrimonio en peligro de muerte; 2º La no formalización del consentimiento, por firme que fuese la voluntad de prestarlo, impide que se tenga por celebrado el matrimonio; 3º Para evitar la inscripción de matrimonios que persiguen otros fines distintos (como puede ser la percepción

de una pensión de viudedad) se tendrá en cuenta la existencia de un vínculo sentimental previo entre los contrayentes. En este sentido, la SAP B, de 18 de junio de 2014, advierte que, el matrimonio celebrado en peligro de muerte, al no presentar una proyección de futuro, son nulos los matrimonios que no acrediten la realidad de una relación sentimental y duradera en el tiempo, al menos convivencia de dos años antes de solicitarlo”.

“Debemos tener en cuenta que el art. 45 del Código Civil determina que “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”.

Es decir, el requisito material del matrimonio como negocio jurídico, es el consentimiento, concordancia de las dos declaraciones de voluntad, de ambos contrayentes, de querer contraer matrimonio.

El consentimiento no puede ser limitado ni condicionado. El negocio jurídico del matrimonio es un negocio puro, no admite ninguno de los mal llamados elementos accesorios, condición, término o modo, que no son sino limitaciones a la eficacia del negocio jurídico.

Es cierto que la sanción que establece el precepto mencionado con anterioridad, en caso de establecerse condición, término o modo, no es de nulidad del negocio jurídico del matrimonio, sino nulidad de la condición, término o modo que se han añadido al negocio jurídico del matrimonio. El problema que se plantea es que el contrayente que impone la condición, término o modo no quería el matrimonio sin él, por lo que suele resultar que no hubo consentimiento matrimonial sobre aquel matrimonio sin la condición, término o modo que querían”.

“En el presente supuesto, a la vista de las pruebas practicadas en las presentes actuaciones, la falta de consentimiento matrimonial se presenta con una gran nitidez, puesto que la única relación que unía a los contrayentes era la de empleador y trabajadora como empleada de hogar. No ha existido ningún tipo de relación afectiva y tampoco de convivencia entre los contrayentes, tratándose en definitiva de un acuerdo de intereses mutuos, por un lado, el deseo del padre de que su hija con una importante discapacidad estuviera asistida tras su fallecimiento, y, por otro lado, el deseo de la otra parte de obtener un beneficio económico, que se pone todavía más en evidencia tras las actuaciones de la demandada, ahora recurrente tras el fallecimiento del Sr. Fausto”.

## COMENTARIO

### I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

Una consideración general de la sentencia nos conduce a un juicio negativo acerca de la doctrina en ella contenida, parecer que cabe referir tanto a las argumentaciones que constituyen la *ratio decidendi* del fallo, como a aquellas otras afirmaciones que no presentan tal carácter.

Los errores materiales o de fondo son frecuentes en el hilo argumental empleado. Aunque, llama más la atención que la argumentación utilizada incurra en ellos de forma gratuita, puesto que en principio nada tienen que ver con el fondo del supuesto de hecho enjuiciado. Se comenzará brevemente tales errores, para después centrar el comentario en aquellos aspectos centrales del supuesto abordado.

### II. ¿EXISTENCIA DE UNA SIMULACIÓN QUE “VICIA LA EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL”?

La sentencia de la AP Barcelona objeto de este comentario hace suya la argumentación empelada por el Ministerio Fiscal en la primera instancia interesando la declaración de nulidad del matrimonio “al apreciar la existencia de una simulación que vicia la emisión del consentimiento matrimonial por cuanto los contrayentes no pretendían los fines propios del matrimonio sino asegurar el cuidado de la hija del Sr. Fausto (discapacitada psíquica) cuando este falleciera y obtener, por otro lado, una serie de prestaciones económicas a favor de la viuda”.

Es obvio que, si la argumentación se lleva al ámbito de la simulación matrimonial, no cabe hablar de ningún modo de vicio en la emisión del consentimiento, sino de inexistencia de este. La sentencia de la AP Barcelona hace, de esta forma, suya dicha argumentación, totalmente errónea como se acaba de decir.

### III. EL VERDADERO ALCANCE NORMATIVO DE LA POSICIÓN DE UNA CONDICIÓN, TÉRMINO O MODO, EN LA EMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

Sin relación alguna con el supuesto de hecho planteado, la argumentación de la AP acude a un tema innecesario a efectos de la resolución del supuesto enjuiciado, como es el propio de los elementos accidentales del negocio jurídico en su aplicación al negocio jurídico matrimonial.

No se observa, en el caso enjuiciado, posición de una condición, término o modo al consentimiento emitido por cada uno de los contrayentes, subordinando

la producción de sus efectos al cumplimiento de condición alguna, ni se aprecia tampoco la existencia de término o de una carga modal.

Llama la atención que se recurra al párrafo segundo del art. 45 CC para a continuación interpretarlo incorrectamente y ello, desde dos perspectivas. Por un lado, entender que ese apartado segundo del citado art. 45 CC establece la “nulidad de la condición, término o modo” que, en su caso, se hayan añadido al negocio jurídico del matrimonio, cuando el deseo del legislador es bien distinto: (“se tendrán por no puestos”). No se habla, por tanto, de nulidad sino de ineficacia, o, mejor dicho, de irrelevancia. Por otro, sostener, también erróneamente, que la consecuencia de tener por no puestos esa condición, termino o modo, de forma que el contrayente “no quería el matrimonio, sin ellos”, es la de que “suele resultar que no hubo consentimiento matrimonial sobre aquél matrimonio sin la condición, término o modo que querían”, cuando la conclusión correcta es la contraria, la de que al tener por no puestos tales elementos accidentales, no cabe más que considerar como pura la emisión de ese consentimiento.

En cualquier caso, es claro que no se trata de un negocio jurídico sometido a condición suspensiva, razón por la cual las referencias de la sentencia que se comenta a la condición y demás elementos accidentales del negocio jurídico, carecen completamente de sentido

#### **IV. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE EL ART. 52 CC.**

El llamado matrimonio *in articulo mortis* es, en realidad, una modalidad de prestar el consentimiento en atención a las circunstancias subjetivas en que se halla uno, al menos, de los contrayentes, y en el que las formalidades se simplifican al máximo, reduciéndose a una comprobación sumaria del peligro de muerte y de la urgencia del caso, así como de la capacidad general para contraer matrimonio (GARCÍA CANTERO).

El sujeto ha de encontrarse en una situación tal que la muerte halla de considerarse próxima según un examen racional de las circunstancias.

#### **V. ¿“RIESGO DE MORIR EN CUALQUIER MOMENTO Y DE FORMA INMEDIATA”?**

La caracterización que del matrimonio en peligro de muerte lleva a cabo la sentencia no puede compartirse. Para la sentencia, la figura requiere dos elementos: en primer lugar, “un progresivo deterioro y agotamiento de las facultades físicas de quien las sufre, como un riesgo inminente, no siendo solo posible estar en fase terminal de una grave enfermedad reconocida, sino un riesgo de morir en

cualquier momento y de forma inmediata". En segundo lugar, una disminución de las facultades de carácter mental o psicológico".

Es suficiente, como se ha dicho, con que el sujeto se halle en una situación en que la muerte pueda considerarse próxima, en una apreciación racional, lo que, desde luego, no es lo mismo que entender que la aplicabilidad de la figura exija "riesgo de morir en cualquier momento y de forma inmediata".

## **VI. MATRIMONIO CELEBRADO *IN ARTICULO MORTIS* Y "VOLUNTAD DE ASUMIR LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MATRIMONIO".**

El argumento principal en el que la sentencia de la AP fundamenta la nulidad del matrimonio por inexistencia del consentimiento es el de que los propósitos perseguidos por los contrayentes (garantizar el futuro de la hija discapacitada de D. Fausto, de una parte, y, de otra, asegurar la residencia de D<sup>a</sup>. Eva María en la casa de D. Fausto, así como la obtención por esta de una pensión de viudedad), "no constituye una voluntad de asumir los derechos y obligaciones derivadas del matrimonio".

Este planteamiento permite, en el caso concreto enjuiciado realizar algunas objeciones. De primeras, no resulta fácil encajar esa voluntad de asumir los derechos y obligaciones que del matrimonio derivan con la situación misma del contrayente Sr. Fausto, que no se olvide, falleció al día siguiente de la celebración del matrimonio (10 junio 2017, y el matrimonio se celebró el día 9).

La cuestión para resolver, por tanto, no es otra sino la referida a si realmente tiene sentido excluir la existencia de consentimiento matrimonial en un caso en el que, por definición, resultaba prácticamente imposible esa asunción de los derechos y obligaciones dimanantes del matrimonio, entendido este, como relación jurídica dimanante del acto de celebración. Y es que esa asunción parece presuponer de forma necesaria un lapso temporal, que en el matrimonio *in articulo mortis* presumiblemente será casi siempre mínimo, o incluso (como en el caso contemplado) inexistente.

Parece que, las reglas de la propia lógica se oponen a este punto de vista tendente a excluir la existencia de consentimiento por "carencia de voluntad de asumir esos derechos y obligaciones" cuando el propio plano temporal contemplado hacía totalmente imposible el ejercicio y cumplimiento de tales derechos y deberes.

La circunstancia de que el matrimonio en peligro de muerte no presente una proyección de futuro forma parte de su misma naturaleza, o, dicho de otro modo,



el matrimonio *in articulo mortis*, es una modalidad de prestar el consentimiento en la que la exigencia de esa llamada proyección de futuro desvirtuaría su propia figura.

La singularidad del matrimonio *in articulo mortis*, y en concreto, la especificidad de la situación en que se encuentran los contrayentes, o alguno de ellos, obliga, necesariamente, a aplicar con mucha prudencia los parámetros generales, y, en consecuencia, a no desembocar de forma rápida en una conclusión fácil, y falsa, como la de la nulidad radical por inexistencia de consentimiento.

## VII. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE COMENTARIO.

La argumentación de la sentencia se mueve entre contradicciones que han de calificarse de graves:

“Además, consta acreditado en las presentes actuaciones que efectivamente el Sr. Fausto, padre de la demandante, tenía capacidad para contraer matrimonio pese a la enfermedad grave que le afectaba, ya que se encontraba en el pleno uso de sus facultades mentales, y además tenía voluntad de contraer matrimonio con la Sra. Eva María, aun cuando la realidad es que esa voluntad se encontraba dirigida por una finalidad distinta a la de contraer matrimonio, y de esta forma utiliza la institución del matrimonio para conseguir: . . .”.

### 1. “Tenía voluntad de contraer matrimonio con la Sra. Eva María”.

En consecuencia, si consta acreditado que el Sr. Fausto “tenía voluntad de contraer matrimonio con la Sra. Eva María”, ¿cómo puede sostenerse después, que no existió consentimiento matrimonial por parte del fallecido?

### 2. “Esa voluntad se encontraba dirigida por una finalidad distinta a la de contraer matrimonio”.

La argumentación de la sentencia, erróneamente, trata de neutralizar esa voluntad de contraer matrimonio por parte de D. Fausto, con apoyo en esa “finalidad distinta a la de contraer matrimonio” perseguida por él.

¿Es aceptable este argumento? Si realmente existió voluntad de contraer, voluntad que se considera probada, ¿es jurídicamente aceptable afirmar que no existió consentimiento matrimonial porque junto al matrimonio en sí, se pretendieran conseguir efectos extraños a dicho matrimonio?

¿No es compatible la existencia de consentimiento matrimonial con el propósito de conseguir (aunque sea a través del matrimonio) efectos extraños

al matrimonio mismo? La inexistencia de consentimiento sólo puede apreciarse cuando el negocio jurídico matrimonial se celebra con el único fin de conseguir efectos extraños al matrimonio, sin que se quiera el mismo, pero, en ningún caso, cuando, existiendo consentimiento matrimonial, se pretendan, además, otros fines, cuya consecución se hace posible con la celebración del matrimonio.

### 3. En atención a la naturaleza de los fines perseguidos por los contrayentes.

Deteniéndonos brevemente en la naturaleza de los fines o propósitos perseguidos por los contrayentes en el caso enjuiciado nos encontramos lo siguiente: de un lado, de D. Fausto, “garantizar lo que consideraba era mejor para su hija discapacitada, la correcta atención de su hija en el domicilio en el que residía” y de otro, de la Sra. Eva María “derecho a residir en la vivienda familiar en compañía de la hija del Sr Fausto, y obtención de una pensión económica en forma de pensión de viudedad”.

¿Qué naturaleza podrá atribuirse a esos fines? ¿Son extraños completamente al negocio matrimonial? ¿Acaso no son legítimos y razonables? La respuesta parece negativa. Extraños por completo no lo son. Es posible apreciar diferencias entre tales fines y aquellos otros que si son totalmente extraños (pensemos, por ejemplo, en la adquisición de una nacionalidad, o de un permiso de residencia), y es que el derecho al uso de una vivienda, o la obtención de una pensión de viudedad, son efectos que, de alguna forma, sí presentan una conexión estrecha con el mismo matrimonio. Es por ello por lo que no se está ante efectos extraños a dicho matrimonio.

En conclusión, si hubo consentimiento matrimonial, el propósito de conseguir esos efectos, o incluso el de conseguir otros aún más extraños al matrimonio, no impide la existencia de consentimiento, y, en consecuencia, impide sostener la nulidad del matrimonio con apoyo en los arts. 45.I y 73.I CC.

### VIII. LA EXIGENCIA, A EFECTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO *IN ARTICULO MORTIS*, DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN SENTIMENTAL Y DURADERA EN EL TIEMPO. ¿ES ADMISIBLE DICHA EXIGENCIA?

Resulta sorprendente que la sentencia que se comenta traiga a colación para fundamentar el fallo la SAP Baleares 18 junio 2014, afirmando que el matrimonio celebrado en peligro de muerte, “al no presentar una proyección de futuro, son nulos los matrimonios que no acrediten la realidad de una relación sentimental y duradera en el tiempo, al menos convivencia de dos años antes de solicitarlo”.

Paradójicamente nos encontramos ante una modificación del art. 52 CC por la sentencia de una AP y en consonancia con ello, se concluiría que en el texto del citado art. 52 debería introducirse dicha exigencia temporal, con la consecuencia de que, cuando no fuera posible la prueba de dicho periodo de convivencia, se desembocaría en la calificación como radicalmente nulo del matrimonio en peligro de muerte celebrado sin ese requisito esencial para su validez.

## **IX. CONCLUSIÓN.**

La opinión, en conclusión, que puede emitirse sobre la doctrina contenida en la SAP Barcelona objeto del presente comentario es, desde un punto desde un punto vista técnico, negativo, por lo que es deseable, y esperable que esta línea jurisprudencial carezca de continuidad.

REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR INGRATITUD: LA  
IMPUTACIÓN AL DONANTE DE DELITOS COMETIDOS  
CONTRA EL DONATARIO. COMENTARIO A LA STS DE  
ESPAÑA, NÚM. 1713/2023, DE 12 DE DICIEMBRE (JUR  
2023, 445839)

*REVOCACTION OF A DONATION FOR INGRATITUDE: THE  
CHARGE AGAINST THE DONOR OF CRIMES COMMITTED  
AGAINST THE DONEE. COMMENTARY ON THE SPANISH  
SUPREME COURT JUDGEMENT NUMBER 1713/2023, OF  
DECEMBER 12 (JUR 2023, 445839)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 596-615*

José María  
CARDÓS  
ELENA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 23 de enero de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** Este comentario analiza una Sentencia del Tribunal Supremo de España que se pronuncia sobre la revocación de una donación por una pretendida ingratitud del donatario. En el supuesto de hecho analizado, la donataria se había querellado en dos ocasiones contra el donante, quien finalmente resultó absuelto de los delitos imputados, concurriendo la especial circunstancia de que la donataria era la perjudicada por los hechos que motivaron la sustanciación de los procedimientos penales. La Sentencia realiza interesantes consideraciones sobre la excepción a la causa de revocación prevista en el inciso final del art. 648.2º CC: qué significa que el delito se haya cometido contra el mismo donatario, y si el donante debe ser penalmente condenado.

**PALABRAS CLAVE:** Donación; deber de gratitud del donatario; revocación de la donación por ingratitud del donatario; imputación de delitos al donante por parte del donatario; delitos cometidos por el donante contra el donatario.

**ABSTRACT:** *This commentary offers an analysis of a Judgement of the Spanish Supreme Court on the revocation of a donation due to the alleged ingratitude of the donee. In the case under analysis, the donee initiated two criminal proceedings against the donor, who was eventually acquitted, with the special circumstance that the donee was the aggrieved party in the facts that substantiated the criminal proceedings. The Judgment provides interesting considerations on the exception to the cause of revocation stated in the final clause on article 648.2 of the Spanish Civil Code: the implications of the crime having been committed against the donee, and whether the donor must be convicted.*

**KEY WORDS:** *Donation; duty of gratitude of the donee; revocation of the donation for ingratitude of the donee; criminal proceedings initiated by the donee against the donor; criminal offenses committed by the donor against the donee.*

**SUMARIO.-** I. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN COMO PRINCIPAL APLICACIÓN PRÁCTICA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE GRATITUD DEL DONATARIO.- II. LOS REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN CUANDO EL DONATARIO IMPUTE AL DONANTE DELITOS PÚBLICOS PERSEGUIBLES DE OFICIO.- I. Interpretación restrictiva.- 2. Imputación de delitos al donante por parte del donatario.- A) Diferentes planteamientos doctrinales.- B) Postura del Tribunal Supremo.- C) Inexistencia de imputación si la personación del donatario en el proceso penal es anulada.- D) La imputación debe consistir en atribuir al donante hechos delictivos.- 3. Irrelevancia de que el donante sea condenado o absuelto.- III. LA EXCEPCIÓN A LA CAUSA DE REVOCACIÓN: QUE EL DELITO SE HUBIESE COMETIDO CONTRA EL DONATARIO.- I. Fundamento de la excepción a la causa de revocación.- 2. La comisión de delitos por parte del donante contra el donatario.- 3. La innecesaria condena penal del donante para que concurra la excepción a la causa de revocación.

---

## SUPUESTO DE HECHO

1º) El demandante y la demandada contrajeron matrimonio en 1976. Los cónyuges estaban casados bajo el régimen de separación absoluta de bienes, según capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1987.

2º) Constante matrimonio, los cónyuges adquirieron, por mitad y en partes iguales, una vivienda sita en Hernani.

3º) Mediante escritura pública autorizada en 1997, el demandante donó a la demandada la mitad en proindiviso del pleno dominio que titulaba en la vivienda de Hernani.

4º) En 2008, los cónyuges se separaron de hecho.

5º) El matrimonio fue disuelto en 2011 en virtud de Sentencia de divorcio contencioso.

6º) Las relaciones entre los cónyuges fueron muy conflictivas desde la separación de hecho, existiendo múltiples procedimientos judiciales cruzados entre ambos en los órdenes civil y penal.

7º) En lo que aquí interesa, en 2008 la donataria formuló querrela, en condición de perjudicada y titular del 50% del capital de una sociedad limitada, contra el donante, administrador único de la referida sociedad.

8º) Abierto el juicio oral, el Ministerio Fiscal solicitó la condena del donante en concepto de autor de un delito de apropiación indebida a la pena de tres años de

• **José María Cardós Elena**

Abogado, Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València.  
Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es

prisión, más la responsabilidad civil derivada de delito. La donataria, constituida en acusación particular, solicitó la condena del donante en concepto de autor de un delito de apropiación indebida a la pena de cinco años de prisión, y en concepto de autor de un delito de administración desleal a la pena de dos años de prisión, más la responsabilidad civil derivada de delito en un importe superior al interesado por el Ministerio Fiscal.

9ª) El donante fue absuelto en 2016 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, a quien correspondió el enjuiciamiento, al no haber quedado suficientemente justificado que el acusado utilizase en beneficio propio bienes que no le perteneciesen.

10º) La donataria interpuso recurso de casación contra la Sentencia absolutoria, que fue inadmitido por Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictada en 2016. Con ello, la absolución del donante ganó firmeza.

11º) En 2011, la donataria interpuso otra querrela contra el donante en condición de perjudicada, por la presunta comisión de un delito de apropiación indebida.

12º) El enjuiciamiento correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que en 2014 dictó Sentencia que condenó al donante, como responsable, en concepto de autor, de un delito de apropiación indebida, a la pena de siete meses de prisión, más la responsabilidad civil derivada del delito. Dicha condena devino firme.

13º) Por otro lado, la donataria comunicó a la Jefatura de Tráfico que el donante habría sido el conductor de un vehículo de empresa que había resultado involucrado en una infracción administrativa, en la creencia de que así era, pues el donante era el conductor habitual del vehículo en cuestión. El donante consideró que dicha imputación fue realizada por la donataria con deliberado conocimiento de su falsedad.

14º) En 2011, el donante formuló demanda contra la donataria, solicitando la revocación de la donación de la mitad indivisa de la vivienda sita en Hernani efectuada en 1997, por concurrir las causas previstas en los apartados 1º y 2º del art. 648 CC.

15º) El conocimiento de la demanda de revocación de la donación correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº. 6 de Donostia-San Sebastián, que en 2012 dictó Sentencia desestimatoria de la demanda, por considerar que no concurría ninguna de las dos causas de revocación de la donación que habían sido esgrimidas.

16º) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa<sup>1</sup> estimó el recurso de apelación interpuesto por el donante. La Audiencia Provincial consideró que sí que concurría la causa de revocación de la donación por ingratitud contemplada en el art. 648.2º CC, en la medida en que la donataria había formulado querrela y se había constituido en acusación contra el donante, solicitando penas de prisión mayores que las postuladas por el Ministerio Fiscal, a pesar de lo cual se dictó Sentencia absolutoria.

17º) Contra la Sentencia dictada en segunda instancia, la donataria interpuso recurso de casación, articulado en un motivo único, que denunciaba la infracción del art. 648.2º CC.

18º) El Tribunal Supremo<sup>2</sup> estimó el recurso de casación, por considerar, a la vista de los hechos declarados probados en las instancias, que no concurría la causa de revocación de la donación por ingratitud de la donataria. En consecuencia, casó la Sentencia dictada en segunda instancia y desestimó la demanda.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) La causa de revocación por ingratitud contemplada en el art. 648.2º CC debe ser interpretada restrictivamente.

2º) Para que pueda revocarse una donación por ingratitud con fundamento en el art. 648.2º CC es necesario que el donatario impute al donante la comisión de un delito público, perseguible de oficio.

3º) No existía jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el significado de la expresión normativa contenida en el art. 648.2º CC consistente en que “el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario”, y si su aplicación exige la condena penal del donante.

4º) Si bien la regla general es que la acusación del donatario contra el donante constituye causa de revocación de la donación por ingratitud, no se puede exigir a los donatarios que permanezcan impasibles cuando son víctimas o perjudicados por un delito cometido por el donante. El acto gratuito no puede imponer al donatario un deber ético consistente en soportar hechos delictivos.

5º) Aunque la infracción penal se cometa formalmente contra la sociedad mercantil de la que donante y donatario sean socios, a partes iguales, considerar a la donataria como perjudicada por el delito es una conclusión perfectamente racional en la exégesis del art. 648.2º CC. Y ello, máxime, cuando en el proceso

1 SAP Gipuzkoa (Sección 2ª) 10 mayo 2019 (AC 2019, 1158).

2 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).



penal se confirió a la donataria la condición de perjudicada y se admitió su personación como acusación particular.

6º) El art. 648.2º CC no exige que el donante sea condenado en el proceso penal para que opere la exclusión de la causa de revocación por ingratitud.

7º) No obstante, tampoco puede ampararse que el donatario impute falazmente un delito contra el donante, lo que obliga a realizar un juicio prudente de ponderación a la vista de las circunstancias concurrentes. En el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo consideró que la donataria no había perseguido penalmente al donante de manera frívola o injustificada, sino que su acusación estuvo fundamentada y dirigida a defender sus intereses.

## COMENTARIO

### I. LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN COMO PRINCIPAL APLICACIÓN PRÁCTICA DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE GRATITUD DEL DONATARIO.

El art. 648.2º CC permite al donante revocar la donación "si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad".

La doctrina ha criticado esta causa de revocación de las donaciones, poniendo de relieve que comportaría una evidente contradicción con la normativa procesal penal<sup>3</sup>. Efectivamente, de los arts. 259 y 264 LECrim se desprende que toda persona que haya presenciado o que haya tenido conocimiento de la comisión de un delito público tiene el deber de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal o las fuerzas y cuerpos de seguridad, mediante la oportuna denuncia.

Así las cosas, la justificación de esta causa de revocación de las donaciones se fundamentaría en el deber de gratitud del donatario hacia el donante. Según la STS 29 noviembre 1969<sup>4</sup>, el deber de gratitud "se dirige a dotar al donante de un medio coactivo y psicológico para obligar al donatario al cumplimiento de los deberes morales que el "ius gratitudinis" le impone y que presenta las

3 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 373; DÍAZ ALABART, S.: "La revocación de las donaciones", en AA.VV.: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 794-795; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: "Artículo 648", en AA.VV.: *Código Civil Comentado. Volumen II. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, p. 209.

4 STS 29 noviembre 1969 (RJ 1969, 5837).

características de una verdadera sanción penal de tipo económico". La STS 13 mayo 2000<sup>5</sup> vinculó expresamente la causa de revocación contemplada en el art. 648 CC con el deber de gratitud del donatario: "la donación «inter vivos», como cualquier otro contrato es irrevocable, en el sentido de que pueda dejarse sin efecto por la sola voluntad del donante, sin embargo, en esta modalidad contractual se permite la revocación en ciertos supuestos establecidos en la ley, entre los que se comprende el de ingratitud, en cuanto la donación impone sin duda alguna el cumplimiento de ciertos deberes morales, «ius gratitudinis» del donatario con referencia al donante".

En consecuencia, la posible revocación de las donaciones constituye la aplicación práctica más destacada del genérico deber de gratitud del donatario, que, dejando al margen consideraciones éticas o morales, se proyecta normativamente en varias causas. En relación con este comentario, debemos aludir a dos: "si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante" (art. 648.1° CC), y "si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe" (art. 648.2° CC).

## II. LOS REQUISITOS DE LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN CUANDO EL DONATARIO IMPUTE AL DONANTE DELITOS PÚBLICOS PERSEGUIBLES DE OFICIO.

Más allá de la negativa valoración que para la doctrina ha merecido esta causa de revocación, lo cierto es que su regulación es poco precisa, lo que ha provocado dificultades para su recto entendimiento.

### I. Interpretación restrictiva.

A la hora de salvar las posibles dudas interpretativas, la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que el art. 648.2° CC debe ser interpretado restrictivamente, toda vez que supone una causa de revocación de la propiedad.

Así, la STS 13 mayo 2000<sup>6</sup> dijo que "no todo acto que implique ingratitud, es suficiente para que prospere la acción de revocación de la donación, sino solamente los contenidos en alguno de los tres supuestos del art. 648 ya citado, supuestos que no se han acreditado en autos y que por debido a su carácter penal, de acuerdo [con] la doctrina tradicional, ha[n] de interpretarse de forma restrictiva, por lo que no cabe extender los casos de ingratitud más allá de los supuestos establecidos en la ley". La STS 13 mayo 2010<sup>7</sup> aludió a la "interpretación restrictiva que debe

5 STS 13 mayo 2000 (RJ 2000, 3410).

6 STS 13 mayo 2000 (RJ 2000, 3410).

7 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

hacerse de las causas de ingratitud, en cuanto permiten privar de efecto a un contrato válido y eficaz”. Según la STS 18 diciembre 2012<sup>8</sup>, “conviene diferenciar dos planos interpretativos acerca del alcance del artículo 648 del Código Civil. En el primero, los hechos tipificados como causas de ingratitud tienen un carácter tasado, conforme al principio de legalidad que sigue nuestro sistema codificado en esta materia, que permanece inalterado. (...) En el segundo plano, la literalidad en la descripción o contenido de las causas tipificadas sí que puede ser objeto de interpretación”. Y finalmente, la STS 12 diciembre 2023<sup>9</sup>, objeto de comentario, afirma que “la revocación de un negocio jurídico, como es la donación, debe ser objeto de interpretación restrictiva”<sup>10</sup>.

La interpretación restrictiva del art. 648.2º CC también vendría respaldada por la circunstancia de que recientemente se ha regulado esta causa de revocación de las donaciones de una manera más amplia. La STS 13 mayo 2010<sup>11</sup> comparó el contenido del CC con el CC catalán y con el Draft of Common Frame of Reference (DCFR), constatando la mayor laxitud de la causa de revocación contemplada en ambos textos normativos<sup>12</sup>.

## 2. Imputación de delitos al donante por parte del donatario.

El art. 648.2º CC permite al donante revocar la donación “si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe”. La norma civil se refiere implícitamente a cuestiones relativas al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, por lo que tales sectores del ordenamiento jurídico deberán ser tomados en consideración para interpretar correctamente los requisitos de esta causa de revocación.

### A) Diferentes planteamientos doctrinales.

Como dijo la STS 13 mayo 2010<sup>13</sup>, “la doctrina española ha formulado diversas interpretaciones en torno al problema que nos ocupa en este recurso:

8 STS 18 diciembre 2012 (RJ 2012, 11277).

9 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

10 Sin embargo, como más adelante justificaremos, no parece que esta interpretación restrictiva del art. 648.2º haya sido respetada por el Tribunal Supremo al interpretar los requisitos de la norma. Vide infra, II.2.B).

11 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

12 “Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así el art. 531-15.1.d) del Código Civil de Cataluña dice que son causas de ingratitud “los actos penalmente condenables que el donatario o donataria efectúe contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja y también, en general, los que representen una conducta en relación [con] las mismas personas no aceptada socialmente”, con lo que nos encontramos ante una cláusula más abierta, pero a la vez más restringida. A su vez, el art. IV.H.-4:201 del Draft of Common Frame of Reference (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (gross ingratitude) por haber cometido de forma intencional un daño grave (serious wrong) contra el donante”.

13 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

así, algunos autores entienden que basta la simple imputación; para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el art. 261.2 LECrim establece no están obligados a denunciar “los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive”. Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión imputare consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia”.

Actualmente, en la doctrina predomina la tesis que sostiene que la causa de ingratitud prevista en el art. 648.2° CC no concurre con la mera presentación de denuncia, sino que la “imputación” exige que el donatario haya interpuesto una querrela dirigida contra el donante<sup>14</sup>. En consecuencia, se identifica la “imputación” con el ejercicio de la acción penal mediante la interposición de querrela (arts. 270 a 281 LECrim), sin que la mera presentación de denuncia (arts. 259 a 269 LECrim) permita la revocación de la donación por ingratitud del donatario.

En apoyo de esta tesis, cabe aducir que existe una importante diferencia cualitativa entre la presentación de una denuncia y la interposición de una querrela. Con la presentación de una denuncia, el donatario se limitaría a poner en conocimiento de la autoridad competente unos hechos presuntamente delictivos, sin ejercitar la acción penal. En cambio, mediante la interposición de una querrela, el donatario no se limitaría a exponer unos hechos presuntamente delictivos, sino que además ejercitaría la acción penal contra el donante.

Con todo, esta tesis no parece del todo convincente. La personación del donatario como perjudicado en el proceso penal, o la presentación por parte del donatario del escrito de calificación en el que conste la acusación dirigida contra el donante, pueden producirse sin que sin que necesariamente se haya tenido que interponer una querrela.

Por ello, nos parece más acertado sostener que la “imputación” de delitos a la que alude el art. 648.2° CC debe ser interpretada no solo como la interposición de una querrela, sino también como la personación del donatario en el proceso penal como acusación particular, en su condición de perjudicado por el hecho

---

14 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante”, en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, p. 222; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación*, cit., pp. 373-374; DÍAZ ALABART, S.: “La revocación”, cit., pp. 799-802; SÁNCHEZ CALERO-ARRIBAS, B.: “La donación”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010; ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Artículo 648”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4961-4962; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La revocación de las donaciones por ingratitud”, en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades* (dir. por M.Á. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 607.

presuntamente delictivo, tal y como ha defendido un sector menor numeroso de la doctrina<sup>15</sup>.

*B) Postura del Tribunal Supremo.*

La STS 12 diciembre 2023<sup>16</sup> afirma que “este tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones (...) con respecto a lo que debe entenderse por imputar un delito”. Sin embargo, tal afirmación no parece del todo cierta, puesto que, hasta donde hemos sido capaces de colegir, solamente la STS 13 mayo 2010<sup>17</sup> se pronunció al respecto. Buena prueba de ello es que la Sentencia comentada, en lo que a la imputación del delito se refiere, se limita a transcribir lo previamente manifestado por el Tribunal en su Sentencia de 2010<sup>18</sup>.

Ciertamente, en el caso examinado por la STS 12 diciembre 2023<sup>19</sup>, la cuestión no era relevante, en la medida en que la donataria había interpuesto una querrela contra el donante, y, por tanto, era evidente que sí que había imputado un delito. Sin embargo, la duda subsiste para aquellos supuestos en los que el donatario no haya interpuesto una querrela dirigida contra el donante.

Pues bien, la STS 13 mayo 2010<sup>20</sup> utiliza un lenguaje confuso y poco preciso técnicamente, afirmando literalmente lo siguiente: “el requisito que se exige en el artículo 648.2º CC es que el donatario impute un delito al donante. Esta es la cuestión que debe ser objeto de interpretación, porque hay que entender que la expresión imputare debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal. En todos estos casos, el donatario está persiguiendo el delito cometido por el donante”.

Por tanto, a la luz de la STS 13 mayo 2010<sup>21</sup>, para que concurra la causa de revocación contemplada en el art. 648.2º CC, la imputación de un delito equivale a “descubrir el delito” o “personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado”. Obsérvese que la Sentencia enuncia ambas posibilidades de manera disyuntiva, no acumulativa. Por tanto, se opta por una interpretación amplia de la expresión “imputar”, no siendo necesaria la interposición de querrela. Con arreglo

15 DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1942, p. 162; MARIN CASTÁN, F.: “Artículo 648”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil. Tomo 4. Arts. 609 al 857* (coord. por I. GIL SIERRA DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2006, p. 297; BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La revocación de las donaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 720, pp. 1888-1889.

16 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

17 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

18 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

19 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

20 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

21 STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693).

a este planteamiento, incurriría en causa de ingratitud el donatario que denuncie al donante o que se querelle contra el donante, porque en ambos supuestos estaría “descubriendo el delito”. Pero también incurriría en causa de ingratitud, aunque no haya presentado denuncia ni haya interpuesto querrela, el donatario que se persone en el procedimiento penal como acusación particular, dado que en tal supuesto coadyuva a que el donante sea castigado penalmente. Además, resultaría irrelevante el momento de constitución como acusación particular, que, con arreglo a la normativa procesal penal, puede tener lugar durante la fase de instrucción, durante la fase intermedia del proceso penal, o incluso durante la fase de juicio oral<sup>22</sup>.

A nuestro entender, esta concepción tan amplia sobre el requisito de la “imputación” resulta difícilmente conciliable con una interpretación estricta de las causas de revocación. No plantea ninguna duda que el donatario que interpone una querrela contra el donante imputa un delito. Y desde nuestro punto de vista, también es razonable entender que “imputa” un delito el donatario perjudicado por unos hechos que se persona como acusación particular, siendo parte activa en un procedimiento judicial que tiene por objeto dirimir la eventual responsabilidad penal del donante. Pero no parece acertado sostener que la presentación de una denuncia pueda fundamentar la revocación de la donación por ingratitud, puesto que al fin y al cabo constituye un deber legalmente exigible a cualquier persona<sup>23</sup>.

Así las cosas, entendemos que sería más lógico argumentar que la “imputación” a la que se refiere el art. 648.2º CC debería equipararse al ejercicio de la acusación contra el donante; y eso lo hace tanto el donatario que interpone una querrela, como el donatario que se persona como acusación particular y perjudicado en el proceso penal, pero no el donatario que se limita a denunciar unos hechos presuntamente delictivos.

---

22 Según el art. 110 LECrim, “las personas perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les convinieren, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas”.

23 El art. 259 LECrim dice que “el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”. Por su parte, el art. 264 LECrim dispone que quien “tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela”.

C) *Inexistencia de imputación si la personación del donatario en el proceso penal es anulada.*

Según reiterada jurisprudencia<sup>24</sup>, tampoco podrá considerarse que el donatario ha imputado hechos delictivos al donante cuando, a pesar de haberse querellado, de haberse personado como perjudicado, o incluso de haber presentado escrito de calificación solicitando la condena del donante, la jurisdicción penal haya dejado sin efecto tales actos procesales apreciando falta de legitimación de la acusación en virtud de lo dispuesto en el art. 103 LECrim<sup>25</sup>.

En todos estos supuestos, la falta de legitimación del donatario para personarse válidamente como acusación, ex art. 103 LECrim, fue apreciada con anterioridad a la celebración del juicio oral. En consecuencia, la decisión adoptada al respecto en el proceso penal debe ser inexcusablemente valorada para poder determinar si ha existido una válida imputación de hechos delictivos, que exige el art. 648.2º CC para poder revocar la donación.

D) *La imputación debe consistir en atribuir al donante hechos delictivos.*

Cabe preguntarse si la imputación al donante de hechos reprobables, aunque no delictivos, puede fundamentar la revocación de una donación al amparo del art. 648.2º CC.

La respuesta debe ser negativa, por varias razones.

- En primer lugar, la norma exige que el donatario impute al donante "delitos", con lo que implícitamente está aludiendo a hechos que, con independencia de que el donatario los haya o no calificado penalmente, puedan ser constitutivos de ilícitos penales de conformidad con la legislación penal vigente.

- En segundo lugar, la imputación extrajudicial al donante por parte del donatario de hechos reprobables, aunque no delictivos, debe ser reconducida al art. 648.1º CC, que permite revocar una donación "si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante"; expresión esta que no debe ser interpretada como la constatación en Sentencia penal de un delito cometido por el donatario, sino como toda actuación ofensiva del donatario que pueda ser subsumible en un delito, supuesto en el cual cabe incluir la atribución

24 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4498); STS 13 mayo 2010 (RJ 2010, 3693); SAP Madrid (Sección 21ª) 24 abril 2018 (JUR 2018, 166002); SAP Madrid (Sección 20ª) 14 diciembre 2016 (JUR 2017, 8637); SAP Jaén (Sección 1ª) 13 mayo 2003 (JUR 2003, 229157).

25 "Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros".

al donante de hechos reprobables que atenten contra su dignidad, buen nombre y estimación<sup>26</sup>.

La jurisprudencia ha descartado que la imputación de hechos reprobables no delictivos integre el supuesto de hecho del art. 648.2° CC. Así, la STS 11 octubre 1989<sup>27</sup> negó que una manifestación por escrito de una de las partes litigantes en un procedimiento civil, a tenor de la cual los donantes se habían “confabulado” contra el donatario, constituya la imputación de un delito<sup>28</sup>. Y la STS 12 diciembre 2023<sup>29</sup>, objeto de este comentario, niega que constituya causa de ingratitud que la donataria atribuyese al donante la comisión de una infracción administrativa, señalando que “la circunstancia de comunicar a la Jefatura de Tráfico que fue el demandante quien conducía el vehículo de una de las sociedades, en la creencia de que así era, no conforma causa de ingratitud”.

### 3. Irrelevancia de que el donante sea condenado o absuelto.

El art. 648.2° CC no concede ninguna relevancia a que el donante sea condenado o absuelto de la imputación de delito público formulada por el donatario. Tampoco otorga ninguna trascendencia a que el procedimiento sea sobreseído antes de la celebración del juicio oral<sup>30</sup>. Como dice el precepto, existirá causa de revocación de la donación por ingratitud “aunque lo pruebe”, es decir, aunque la imputación del donatario estuviese fundada y el procedimiento judicial concluya con el dictado de una Sentencia condenatoria en contra del donante.

En la jurisprudencia existen muy pocos pronunciamientos al respecto, quizá debido a la claridad del art. 648.2° CC en relación con esta cuestión<sup>31</sup>.

## III. LA EXCEPCIÓN A LA CAUSA DE REVOCACIÓN: QUE EL DELITO SE HUBIESE COMETIDO CONTRA EL DONATARIO.

El art. 648.2° CC considera que existe causa de revocación de la donación cuando el donatario impute al donante la comisión de un delito público perseguible

26 La STS 23 octubre 1983 (RJ 1983,5338); STS 19 noviembre 1987 (RJ 1987,8408); STS 5 diciembre 2006 (RJ 2007, 231); STS 20 julio 2015 (RJ 2015, 4460).

27 STS 11 octubre 1989 (RJ 1989, 6908).

28 “La palabra «confabulación» utilizada en la demanda no puede entrañar, por sí sola, imputación de delito alguno, pues la misma, dentro del contexto en que aparece inserta, tiene una clara connotación civilística de concierto o acuerdo de voluntades para hacer uso de unas facultades que, según criterio de la madre y de la hija, concedía a la primera, como mandataria, el poder que en su favor había otorgado su hijo, el actor”.

29 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

30 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Artículo 648”, cit., p. 4963.

31 Cabe citar la SAP Las Palmas (Sección 5ª) 13 noviembre 2017 (JUR 2018, 123450): “El apartado segundo del artículo 648 del Código Civil sitúa la causa de ingratitud en la imputación de un delito, de donde inferimos que ni es necesaria su probanza, ni siquiera una condena, para el ejercicio de la acción de ingratitud. Esto es, abarca supuestos de imputación aun cuando la misma, una vez incoado el proceso penal, no prosperase a causa de un sobreseimiento de las actuaciones en la primera instancia penal”.



de oficio, aunque lo pruebe. Sin embargo, contempla una excepción, que impide apreciar la causa de revocación, cuando “el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad”.

### I. Fundamento de la excepción a la causa de revocación.

Que el art. 648.2º CC contemple una excepción a la causa de revocación por ingratitud del donatario obedece razones lógicas. Una cosa es que el deber de gratitud obligue, en principio, a que el donatario no persiga penalmente al donante autor de un delito público, pues, a pesar de su inactividad, el carácter público del delito no impedirá que el Juzgado de Instrucción, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de un tercero, incoe una causa criminal con el objeto de depurar las responsabilidades penales que procedan. Pero ese deber de gratitud no puede obligar al donatario a permanecer impasible cuando sea la víctima del hecho delictivo cometido por el donante.

La STS 5 noviembre 2019<sup>32</sup> ya había afirmado que “la imputación de un delito al donatario no es causa de revocación por ingratitud si el delito se ha cometido contra el propio donatario porque, como decía el mismo García Goyena “el derecho de vindicarse a sí mismo, o a las personas, cuya defensa le está encomendada por la ley, es anterior y preferente a todo otro derecho””.

La STS 12 diciembre 2023<sup>33</sup> profundiza en este argumento, afirmando con rotundidad que “no se puede exigir a los donatarios que permanezcan impasibles cuando son víctimas o perjudicados por el delito cometido por el donante, o contra las otras personas vinculadas a las que se refiere el art. 648.2 CC. El ordenamiento jurídico no les puede exigir una conducta de tal clase para no reputarlos ingratos, ni tampoco obligarles a sufrir pasivamente las consecuencias del delito para no incurrir en causa de revocación de la donación efectuada. El acto gratuito no puede imponer un deber ético de soportar hechos delictivos. En estos supuestos, es legítimo que la donataria actúe en defensa de sus derechos, aun cuando lo haga de forma activa, constituida en parte acusadora en un proceso penal”<sup>34</sup>.

La justificación ofrecida por el Tribunal es correcta. Sin embargo, también podría haber relacionado la excepción a la causa de revocación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, según el cual “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Parece difícil conciliar el no

32 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4498).

33 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

34 MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 163, en parecidos términos, dijo (acertadamente, a nuestro juicio) que “el reconocimiento del donatario no puede llegar al extremo de haber de tolerar los delitos del donante”.

ejercicio de este derecho fundamental con una pasividad forzosa derivada del deber de gratitud de una donación. Una cosa es que el art. 648.2° CC contemple como causa de revocación que el donatario persiga penalmente al donante cuando el delito cometido sea perseguible de oficio; y cosa muy distinta, que el deber de gratitud inherente a toda donación obligue al donatario a padecer en silencio delitos cometidos por el donatario contra su persona o sus intereses.

## 2. La comisión de delitos por parte del donante contra el donatario.

La STS 12 diciembre 2023<sup>35</sup>, objeto de este comentario, afirma que “no existe pronunciamiento del tribunal sobre el significado de la expresión normativa consistente en que “el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario” y si su aplicación exige la condena penal del donante, puesto que, en el caso que nos ocupa, fue absuelto de los delitos objeto de las acusaciones formuladas”. Buena muestra de la relevancia que la Sala otorgó a esta cuestión es que la Sentencia fue dictada por el Pleno de la Sala Primera.

El Tribunal Supremo hubo de pronunciarse acerca de si concurría la excepción a la causa de revocación contemplada en el art. 648.2° CC, tomando en consideración los hechos declarados probados en las instancias.

La Sala corrobora que la donataria, en calidad de perjudicada, había interpuesto una querrela contra el donante por la presunta comisión de un delito de apropiación indebida, que finalizó con una Sentencia dictada en 2014 por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa que condenó al donante, en concepto de autor, de un delito de apropiación indebida. A la vista de este pronunciamiento penal firme, para el Tribunal Supremo resulta evidente que, respecto de este procedimiento penal, sí que concurría la excepción a la causa de revocación.

Sin embargo, la Sala constata la mayor dificultad que planteaba el primer procedimiento penal instado por la donataria contra el donante. La donataria interpuso querrela en condición de perjudicada y titular del 50% del capital de una sociedad limitada contra el donante, a la sazón administrador único de la referida sociedad. Abierto el juicio oral, la donataria solicitó una pena mayor a la interesada por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Gipuzkoa dictó Sentencia en 2016 que absolvió al donante, por no haber quedado suficientemente justificado que el acusado utilizase en beneficio propio bienes que no le perteneciesen.

---

35 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

A la vista de las peculiaridades del caso, la STS 12 diciembre 2023<sup>36</sup> se plantea “si concurre la excepción a la apreciación de ingratitud constituida por la circunstancia de que el delito imputado “se hubiese cometido contra el mismo donatario””.

Sobre esta cuestión, la Sala adujo que “aunque la infracción penal se cometiera contra la sociedad mercantil de la que ambos litigantes son socios, a partes iguales, con respecto a la totalidad del capital (100% de las participaciones sociales), considerar a la demandada, como perjudicada por el delito, es una conclusión perfectamente racional en la exégesis del art. 648.2 del CC”. Y apoyó tal planteamiento en la STS (Sala Segunda) 14 febrero 2023<sup>37</sup>, que, con cita de la doctrina del levantamiento del velo, había dicho lo siguiente: “sí tiene razón el recurrente al denunciar que si la perjudicada era la sociedad y estaba compuesta exclusivamente por dos socios, respecto de él ha de operar un mecanismo de compensación: la mitad de esa indemnización le debe ser asignada como consecuencia de la liquidación. Por tanto la indemnización ya prefijada ha de reducirse a la mitad, debiendo estimarse el motivo parcialmente en ese particular. Detrás de una persona jurídica hay personas físicas; y los intereses de una persona jurídica, al final, en último término, son intereses de personas físicas al servicio de las cuales está siempre el derecho. Hablar del interés de una persona jurídica supone siempre hablar del interés de personas físicas. No existe un interés abstracto de una persona jurídica al margen o desvinculado de toda persona física. En este caso, de dos personas físicas; y no solo una”.

Además, en la Sentencia comentada, la Sala también afirmó que “la demandada igualmente en su condición de víctima estaba legitimada para el ejercicio de la acción penal como acusación particular por el perjuicio patrimonial sufrido. (...) En momento alguno, se le negó tal condición en el proceso penal en el que se personó como acusación particular”.

Entendemos que resulta perfectamente lógico considerar que, si en el proceso penal la donataria fue considerada como perjudicada, y se admitió su personación como acusación particular a la vista de dicha condición, se considere en el ámbito civil que concurre la excepción contemplada en el art. 648.2º CC, consistente en que “el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario”. De lo contrario, existiría una diferencia de criterio entre órdenes jurisdiccionales difícilmente justificable.

En todo caso, para considerar a la donataria como perjudicada, entendemos que sería suficiente que, de los hechos imputados al donante que motivaron la

<sup>36</sup> STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

<sup>37</sup> STS (Sala Segunda) 14 febrero 2023 (RJ 2023, 1445). Por error, la Sentencia comentada afirma que la Sentencia de la Sala Segunda del mismo Tribunal fue dictada el 17 de febrero.

sustanciación del proceso penal, se desprenda una posible afección, directa o indirecta, a los intereses de la donataria, sin tener que recurrir a la doctrina del levantamiento del velo. De hecho, la STS 5 noviembre 2019<sup>38</sup> declaró que no concurría la causa de revocación prevista en el art. 648.2° CC debido a que “los delitos societarios denunciados contra los donantes podrían afectar al patrimonio del donatario denunciante”. El mismo criterio fue seguido por la SAP Las Palmas (Sección 4ª) 17 noviembre 2017<sup>39</sup>.

### 3. La innecesaria condena penal del donante para que concurra la excepción a la causa de revocación.

La STS 12 diciembre 2023<sup>40</sup> se plantea si la expresión “el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario” exige la condena penal del donante. O lo que es lo mismo, “si tal expresión normativa exige el pronunciamiento condenatorio del donante para entender operativa la precitada causa de exclusión contemplada en el segundo inciso del art. 648.2 CP”.

En el caso enjuiciado, la cuestión era trascendental, en la medida en que el donante fue absuelto de los delitos por los que fue acusado por el Ministerio Fiscal y por la donataria constituida en acusación particular.

La Sentencia comentada afirma que no existen precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo que se hayan pronunciado sobre esta cuestión. Y ciertamente, no hemos sido capaces de encontrar ninguno. Sin embargo, la cuestión sí que había sido previamente abordada, al menos implícitamente, por algunas Audiencias Provinciales, que se habían inclinado por considerar que el delito se comete contra el donatario cuando este último sería la hipotética víctima del delito imputado, sin entrar a considerar la mayor o menor solidez de la imputación, y sin exigir que se haya impuesto una sanción penal al donante<sup>41</sup>.

La STS 12 diciembre 2023<sup>42</sup> coincide con que “el art. 648.2 CC no exige, expresamente, la condena del donante en el procedimiento criminal para que opere la exclusión de ingratitud”. Por tanto, en este punto el Tribunal Supremo entiende que no se exige la imposición de una condena penal al donante para que concurra la excepción a la causa de revocación prevista en el art. 648.2° CC, consistente en que el delito se haya cometido contra el donatario.

38 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4498).

39 SAP Las Palmas (Sección 4ª) 17 noviembre 2017 (JUR 2018, 313086).

40 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

41 SAP Illes Balears (Sección 4ª) 15 noviembre 2022 (JUR 2022, 385122); SAP Madrid (Sección 19ª) 20 enero 2022 (JUR 2022, 92288); SAP Ourense (Sección 1ª) 29 septiembre 2020 (JUR 2020, 321635); SAP Las Palmas (Sección 4ª) 17 noviembre 2017 (JUR 2018, 313086); SAP Murcia (Sección 1ª) 8 febrero 2016 (JUR 2016, 56647).

42 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

Ahora bien, sin solución de continuidad, la Sala introduce un importante matiz: “tampoco puede ampararse en derecho una imputación falaz y sin fundamento de un delito contra el donante por parte de quien ostente la condición de donataria, lo que exige efectuar un juicio prudente de ponderación de las circunstancias que concurran”.

En el caso concreto, el Tribunal concluye que “no nos encontramos ante una gratuita imputación de unos hechos delictivos”, a la vista de un conjunto de circunstancias, que acreditan la donataria querellante no había realizado una imputación extravagante o carente de fundamento:

- La existencia de serios indicios de criminalidad resultaba incuestionable, en la medida en que el Juzgado de Instrucción acordó la conversión de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 779.1.4ª LECrim), y tras la presentación de los escritos de calificación provisional, acordó la apertura de juicio oral (art. 783 LECrim).

- El Ministerio Fiscal también ejercitó la acción penal y civil dimanante del delito imputado, hasta el punto de que, tras la práctica de la prueba en el juicio oral, interesó en su calificación definitiva que el donante fuese condenado.

- La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial que absolvió al donante acusado no proclamó la inexistencia de los hechos objeto de acusación<sup>43</sup>. El Tribunal Supremo recalca que “la razón de la absolución deriva de que la Audiencia, con el rigor que exige un fallo condenatorio penal, que implica la privación de un bien tan preciado como es la libertad, no adquirió la certeza, más allá de una duda razonable, sobre que el dinero dispuesto no fuera, pese a hallarse ingresado en cuenta abierta de la sociedad, titularidad privativa del acusado como éste sostuvo, y de otra persona física a la que abonó otra parte sustanciosa de los ingresos que nutrían las cuentas sociales superior a los ochenta mil euros”.

- Que la donataria interpusiese recurso de casación contra la Sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial, y que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no admitiese a trámite dicho recurso, no puede ser considerado como una actuación temeraria o injustificada, pues tenía “la finalidad de agotar las posibilidades del ejercicio de la acción penal”.

---

43 “Lejos de ello, en su declaración de hechos probados, resulta que el donante dispuso de cantidades de las cuentas de la mercantil Oina, S.L., de la que era administrador único, mediante cinco cheques de 10.000 euros cada uno ellos, entre el 27 de junio de 2008 y el 19 de septiembre de 2008, sobre los que el Ministerio Fiscal ejercita la acción penal, así como también libró un cheque de 21.884 euros, el 12 de febrero de 2009, a favor de otra sociedad, y además realizó otras disposiciones para gastos propios, fundamentalmente en supermercados, parking, así como retiradas de dinero de cajeros, todo ello por un total de 684,85 euros, lo que determinó que las cuentas sociales quedaran con un saldo negativo de 276 euros”.

En suma, a la hora de valorar que el delito se haya cometido contra el donatario, elemento que impide la aplicación de la causa de revocación consistente en imputar delitos públicos al donante, “el examen de las circunstancias concurrentes dictará la regla a observar”, puesto que, “en definitiva, no cabe negar la defensa de los derechos propios de la donataria, bajo la conminación de la pérdida de los bienes donados, como tampoco cabe amparar infundadas atribuciones de hechos delictivos”.

Así las cosas, la doctrina sentada por la STS 12 diciembre 2023<sup>44</sup> podría resumirse de la siguiente manera: basta con que el donatario impute al donante, seria y fundadamente, la comisión de hechos presuntamente delictivos, para entender “que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario”, supuesto en el cual no es posible revocar la donación, aun cuando “el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública”.

A la vista de esta doctrina, no resulta posible establecer reglas apriorísticas. El carácter serio y justificado de la imputación hecha por el donatario contra el donante (con la consiguiente inviabilidad de la revocación ex art. 648.2° CC) deberá ser valorado y ponderado en cada caso concreto, tomando en consideración los hechos imputados, la manera en que fueron imputados, y la actuación procesal del donante durante la sustanciación del proceso penal.

---

44 STS 12 diciembre 2023 (JUR 2023, 445839).

## BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Artículo 648”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La revocación de las donaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, núm. 720.

DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1942.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DÍAZ ALABART, S.: “La revocación de las donaciones”, en AA.VV.: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante”, en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896.

MARÍN CASTÁN, F.: “Artículo 648”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil. Tomo 4. Arts. 609 al 857* (coord. por I. GIL SIERRA DE LA CUESTA), Bosch, Barcelona, 2006.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: “La revocación de las donaciones por ingratitud”, en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades* (dir. por M.Á. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “Artículo 648”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado. Volumen II. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, F.J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ CALERO-ARRIBAS, B.: “La donación”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010.





PANORAMA



**NUEVO ROL DE LOS ASCENDIENTES EN LAS  
RELACIONES FAMILIARES: INCLUSIÓN VS. EXCLUSIÓN\***

***NEW ROLE OF ASCENDANTS IN FAMILY RELATIONS:  
INCLUSION VS. EXCLUSION***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 618-651*

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Medidas inclusivas para menores en situación de exclusión". Referencia: ProyExcel\_00514 Junta de Andalucía.

Carmen  
SÁNCHEZ  
HERNÁNDEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de abril de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El papel de los ascendientes en las relaciones familiares ha experimentado una evolución a lo largo de los años. La respuesta legal ofrecida en distintos textos y en la Ley 42/2003, desde la perspectiva de los sujetos involucrados y atendiendo a la jurisprudencia existente tanto a nivel interno como europeo, permite un replanteamiento de la cuestión en aras de ofrecer un modelo en el que, conforme a las directrices europeas, la inclusión o exclusión de los ascendientes en las relaciones personales con los nietos va a depender de la delimitación del “interés del menor”.

**PALABRAS CLAVE:** relaciones familiares; ascendientes; nietos; interés del menor; derecho interno; derecho europeo.

**ABSTRACT:** *The role of ascendants in family relationships has evolved over the years. The legal response offered in different texts and in Law 42/2003, from the perspective of the subjects involved and taking into account the existing case law both at domestic and European level, allows a rethinking of the issue in order to offer a model in which, in accordance with European guidelines, the inclusion or exclusion of ascendants in personal relationships with grandchildren will depend on the delimitation of the “interests of the minor”.*

**KEY WORDS:** *Family relations; ascendants; grandchildren; best interests of the child; domestic law; European law.*

**SUMARIO.-** I. ASCENDIENTES DE HOY Y SU DERECHO A RELACIONARSE CON SUS NIETOS. II. ASCENDIENTES ANTE EL CONFLICTO: EL INTERÉS DEL MENOR. III. ASCENDIENTES PRESENTES Y AUSENTES EN LA VIDA DE LOS MENORES.- 1. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TS y menor.- A) Ascendientes idóneos e interés del menor.- B) Riesgos al menor en interés de terceros.- C) Ascendientes como institución de protección.- D) Ascendientes, nietos y Coordinador de Parentalidad.- 2. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TEDH.- A) Reintegración del menor enfermo con su padre biológico tras la atribución de la custodia a la abuela materna por fallecimiento de la madre: STEDH (Sección 2ª), 30 noviembre 2021, caso T.A. y otros contra la República de Moldavia.- B) Ascendientes, nietos y procesos penales: STEDH (Sección 2ª), 20 enero 2015, caso Manuella y Nevi contra Italia.- C) Ascendientes y nietos declarados en desamparo: STEDH (sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia.- D) Ascendientes y nietos en adopción: STEDH (Sección 3ª), 5 marzo 2019, caso Bogonosovy contra Rusia.- 3. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TJUE: STJUE (Sala 1ª), 31 de mayo de 2018, caso Neil Valcheva contra Georgios Babanarakis. IV. NUEVO ROL DE LOS ASCENDIENTES, NIETOS E INTERÉS DEL MENOR: A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. ASCENDIENTES DE HOY Y SU DERECHO A RELACIONARSE CON SUS NIETOS.

Los roles que los distintos miembros de una familia ostentan, así como las “relaciones intergeneracionales”, se encuentran directamente condicionados por los cambios que se han venido experimentando, y que con total seguridad se seguirán produciendo, en la estructura de la familia. En este escenario los ascendientes juegan un papel fundamental en el ámbito de las relaciones familiares, en la medida en que los “abuelos de hoy”, no responden al modelo de los “abuelos de ayer”<sup>1</sup>.

Bien es sabido que la mejora experimentada en las condiciones tanto sociales, como de salud han derivado en una más conveniente calidad de vida en general para las personas mayores, lo que se ha traducido en un incremento de la

1 Sobre la relación entre abuelos y nietos, DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la justa causa del art. 160.2 CC. Comentario a las SSTS núm. 581/2019, de 5 de noviembre y núm. 638/2019, de 25 de noviembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2020, núm. 30, pp. 692-701; CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 195-211; MONTES RODRÍGUEZ, M.ª P.: “El Derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2024, núm. 18, pp. 578-589; TUR FAÜNDEZ, M. N.: “El actual papel de los abuelos en las familias, en especial, las relaciones de los abuelos con los nietos a la luz del Derecho civil”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA, J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1601-1617; GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica”, *REDUR*, diciembre 2012, núm. 10, pp. 105-122; ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 313 y ss.

• Carmen Sánchez Hernández

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico mdsanchez@uma.es

esperanza de vida y una mayor y más prolongada presencia de los abuelos en el seno de las familias. Los ascendientes son personas muy importantes en la vida de los menores, convirtiéndose en numerosas ocasiones en un gran referente para ellos, viviendo de una forma más libre y tranquila que cuando fueron padres, pues gozan de más tiempo y experiencia.

El tiempo que pueden compartir es germen de beneficios pues los abuelos transmiten valores y tradiciones, constituyen un importante apoyo emocional y vínculo afectivo, su experiencia y sabiduría es una fuente inagotable de enseñanzas y aprendizaje de valores, como el respeto, la dignidad, la confianza o la gratitud, estimulando el pensamiento crítico y la curiosidad.

Pero, no se puede obviar que, el beneficio en este tipo de relaciones es recíproco<sup>2</sup>, los nietos también aportan ventajas a sus abuelos, pues de su convivencia deriva una mayor vitalidad. En cuantas ocasiones hemos escuchado decir “desde que has sido abuelo estás más joven”. También provoca un aumento de la autoestima, en la medida en que son seres con experiencia, han pasado ya por esta etapa cargada de incertidumbre y miedo, y pueden ayudar en la gestión de los conflictos familiares que puedan surgir. De igual forma, los menores actualizan a sus abuelos, pues los acercan a mundos desconocidos para ellos derivados del uso de las nuevas tecnologías<sup>3</sup>. En consecuencia, cabe decir que las relaciones entre abuelos y nietos ostentan en la actualidad un importante significado, formando parte de la vida del menor durante un largo periodo de su ciclo de vida.

No obstante, como realidad social es necesario otorgar a este tipo de “relaciones familiares” de la pertinente protección, la cual parte del propio art. 39 C.E., en donde se establece una protección especial a la familia. Este precepto debe ser interpretado junto con los arts. 9.1, 10 y 16<sup>4</sup>, lo que conduce a la consideración del derecho a relacionarse abuelos y nietos, como un derecho personalísimo

- 2 En Italia BARBA, V.: “Interés del menor vs derecho de los abuelos (Una sentencia de la Casación Italiana brinda la oportunidad de reflexionar sobre el contenido y la función del interés del menor)”, *La Ley Derecho de Familia*, abril 2023, núm. 38, pp. 1-32 (Laleydigital, fecha de consulta 10/06/2024), cuestiona que el interés de los ascendientes en mantener relaciones personales con sus nietos constituya un verdadero derecho. Admite que solamente podría ser un derecho subjetivo relativo, en tanto en cuanto implica la coexistencia de una obligación, por lo que parece construir las relaciones personales entre ascendientes y nietos menores como relación jurídica obligatoria, en las que estos últimos son las personas obligadas. Esta construcción supondría que los únicos titulares del derecho son los ascendientes, excluyendo que tal derecho pertenezca también a los nietos, con la consecuencia de que los nietos no tendrían derecho a mantener relaciones personales con sus abuelos.
- 3 En este contexto encuentra justificación la afirmación de PÉREZ CABALLERO, M.<sup>a</sup> L./ACEVEDO BERMEJO, A./MUÑOZ VICENTE, J. M.: “Los conflictos parentales como origen de las dificultades en las relaciones abuelos-nietos: abordaje mediacional y jurídico forense”, *Revista de Mediación*, año 5, 2012, núm. 9, p. 16, para quienes los abuelos constituyen “una de las piezas claves de este sistema familiar y a la vez uno de los eslabones favorecedores del encuentro intergeneracional entre los miembros del grupo y de la relación de este con el contexto social”.
- 4 Así lo entiende, SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: “El derecho a las relaciones personales abuelos-nietos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre los años 2016-2020”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2022, núm. 39, p. 2, <https://doi.org/10.6018/analesderecho.474971> (fecha de consulta, 19/05/2024).

de naturaleza familiar<sup>5</sup>, aunque no sea objeto de referencia expresa en el texto constitucional<sup>6</sup>.

La relación entre abuelos y nietos como Derecho, se encuentra regulada en el CC, arts. 90.1 b), 94 pfo. 6, 160.2 y 161 y en la 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 (en adelante, LOPJM 1996), art. 2.2. c)<sup>7</sup>, habiendo experimentado diversas modificaciones a lo largo de los años. Estas han sido la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (en adelante, Ley 42/2003)<sup>8</sup>, a la que se unen la 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<sup>9</sup>, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>10</sup> y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante Ley 26/2015)<sup>11</sup>.

No cabe duda de que la reforma introducida por la Ley 42/2003 tuvo un doble objetivo, por un lado, proceder a la identificación y singularización de forma expresa, con el fin de otorgar una mayor protección, del régimen de las relaciones entre abuelos y nietos; y, por otro lado, atribuir una función más relevante a los abuelos en el supuesto de dejación por parte de los progenitores de sus obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad<sup>12</sup>.

- 5 Como derecho personalísimo lo configuran, entre otros, GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 132-134; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas", en AA.VV.: *Nuevos retos del derecho de familia: materiales de las decimoterceras jornadas de Derecho catalán en Tosa*, Universidad de Gerona, 2005, pp. 275-332; MENDEZ LÓPEZ, T.: *Las relaciones personales nietos y abuelos*. Tesis doctoral, Universidad de las Islas Baleares, 2014, 320 pp., <https://dialnet.unirioja.es/> (fecha de consulta, 05/05/2024). Como derecho personalísimo, incluido en el ámbito familiar lo consideran, entre otros, DIAZ ALABART, S.: "El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 C.c.)", *Revista de Derecho Privado*, 2003, núm. 87, pp. 345-371; COLÁS ESCANDÓN, A. M.: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2ª, núm. 138/2014, de 8 de septiembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, pp. 113-185; BERROCAL LANZAROT, A. M.: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 2005, Vol. 6, p. 11-111.
- 6 Para DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2008, p. 43, las relaciones personales entre abuelos y nietos forman parte de lo que se denomina "orden público familiar", en la medida en que "las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional". Por ello, refiere MENDEZ LÓPEZ, T.: *Las relaciones*, cit., p. 174, que las relaciones personales nietos-abuelos constituyen un límite a la autonomía de la voluntad familiar.
- 7 BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996 (última actualización, 05/06/2021).
- 8 BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.
- 9 BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.
- 10 BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.
- 11 BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015 (última actualización, 31/10/2015).
- 12 Vid. al respecto, Exposición de Motivos de la Ley 42/2003; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "El derecho de los nietos a mantener relaciones con sus abuelos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)", *Revista de Derecho de Familia*, 2012, núm. 56, pp. 47 y 48; MONTES RODRÍGUEZ, M.ª P.: "El derecho", cit., p. 582.

En la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, se establece que “el legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares”. De la misma manera, de la norma cabe deducir que los abuelos pueden ser considerados como unos familiares “singularmente privilegiados”<sup>13</sup>. Es más, no se puede preterir que el CC en el art. 160.2<sup>14</sup> habla de “relaciones personales”, no de derecho de visita. En todo caso, este derecho de visita de los ascendientes, debe ser diferenciado del derecho de visita reconocido al progenitor no custodio. Esto pone de manifiesto que los ascendientes tienen la posibilidad de optar no exclusivamente a una mera visita con sus nietos, sino que pueden tener derecho a la pernocta<sup>15</sup>, estancia, pasar parte de las vacaciones, o incluso a algo menor, como puede ser una simple comunicación, por vía telefónica, cartas (difícilmente pensable en la actualidad), correo electrónico o WhatsApp, entre otros<sup>16</sup>. Por consiguiente, y atendiendo igualmente a la terminología adoptada por la Ley 42/2003, cabe hablar de “relaciones personales” con los ascendientes, más que de “derecho de visita”, el cual puede ser considerado como subsumible en ese concepto más amplio de “relación”<sup>17</sup>.

En esa misma línea cabe referir que, más allá del derecho de visita se encuentra la asunción por parte de los abuelos de la guarda de hecho de los nietos, ante situaciones de grave incumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, adelantándose a la propia intervención de las Administraciones públicas, las cuales actúan, cuando esto ocurre, como meros agentes de la formalización de un acogimiento en familia extensa, evitando de esta manera la salida del menor de su familia de origen.

- 
- 13 En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, J. M.: “Las relaciones entre abuelos y nietos desde el Derecho de familia”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2020, núm. 90, p. 3, <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-90/10003-las-relaciones-entre-abuelos-y-nietos-desde-el-derecho-de-familia> (consulta realizada, 09/06/2024).
- 14 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario artículo 160 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p.795.
- 15 Como ha manifestado CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El derecho”, cit., p. 210, la pernocta se encuentra condicionada fundamentalmente por dos elementos: a) que el menor haya alcanzado una edad suficiente que haga innecesario que sea atendido durante la noche; b) la distancia entre los domicilios del progenitor guardador y de los abuelos, pues de mediar una distancia grande, una gran parte del tiempo se podría consumir en desplazamientos, lo que haría innecesaria la pernocta a fin de disfrutar más tiempo del menor, lo cual debe ser ponderado por el juez.
- 16 La comunicación debe desarrollarse conforme a las reglas de la “buena fe”, es decir, no se debe invadir la vida del menor.
- 17 Concepto indeterminado, que debe ser precisado por el juez, quien debe tener en cuenta, atendiendo a lo establecido en STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280): “i) la situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse; ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; iii) la intensidad de las relaciones anteriores; iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor”.

Con ello se da cumplimiento a lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, cuando precisa que uno de los fines de la norma es atribuir a los abuelos “una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad”. Ahora bien, el hecho de que los abuelos no sean idóneos para asumir la protección del menor, no implica que puedan verse privados del derecho a visitar a sus nietos. Por ende, el art. 161 CC distingue entre el derecho de los abuelos a visitar al menor acogido y el derecho a relacionarse con él<sup>18</sup>.

Este derecho a las “relaciones personales” tiene como titulares a los nietos y a los abuelos, siendo incluso interpretado, por algunos, como una cierta injerencia en las funciones que la patria potestad encomienda a los padres<sup>19</sup>. Esta posición es en mi opinión muy cuestionable, en la medida en que se trata de relaciones de diferente naturaleza. En cualquier caso, esta dualidad de titularidades legitima activamente a los abuelos y nietos para poder reclamar su derecho ante los tribunales. No obstante, respecto del nieto, al cual se le exige madurez suficiente para poder acudir a los tribunales sin necesidad de sus representantes legales, cuando carezca de esa madurez y los progenitores no actúen por él, podrá realizarlo a través de un defensor judicial (art. 163 CC)<sup>20</sup> y el Ministerio Fiscal.

## II. ASCENDIENTES ANTE EL CONFLICTO: EL INTERÉS DEL MENOR.

Habitualmente, las relaciones entre abuelos y nietos se desarrollan fuera del ámbito judicial, lo que no significa que sean ajenas al conflicto, en cuyo caso los intereses en juego provocan la intervención de los Tribunales de Justicia y la aplicación de la norma vigente<sup>21</sup>. Sin embargo, no hay que olvidar que la exposición del menor a este nuevo contexto y situación familiar puede generar un riesgo importante para su estabilidad emocional<sup>22</sup>, lo que puede empeorar aún más,

18 HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario artículo 161 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1305-1309.

19 GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho”, cit., p. 117.

20 SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario artículo 163 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 806-810.

21 El TS y la jurisprudencia menor han reconocido el carácter subsidiario del establecimiento judicial de un régimen de relaciones entre abuelos nietos. Vid. BUENO BIOT, Á.: “La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, p. 4 (Laleydigital, fecha de consulta 13/06/2024).

22 La STS 27 septiembre 2018 (RJ 2018, 4242) precisa que “a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno”. En el mismo sentido, STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972), reconoce que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así -por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.



cuando los adultos no mantienen una postura de aislamiento del menor ante estos problemas de dinámica relacional entre ellos<sup>23</sup>.

La problemática que surge de este tipo de conflictos es muy compleja y variada. En muchos casos, los abuelos adoptan una postura concreta a partir de la relación que mantienen con los menores, es decir, se erigen en protectores de los intereses de los nietos, frente a la posible actitud adoptada por el progenitor o progenitores. Sin embargo, nunca debe olvidarse que los abuelos, pase lo que pase entre y con los responsables parentales, siguen siendo "abuelos" y que siempre existe una parte en este conflicto que sufre un daño especial, tal es, el menor.

Los menores ante los posibles enfrentamientos y atendiendo a su edad y madurez, tendrán un mayor o menor protagonismo. No obstante, partiendo del perfil casuístico habitual, en numerosas ocasiones se decide atendiendo, en principio a su "interés", aunque no siempre, pero sin tener conciencia de lo realmente acontecido y decidido en su beneficio. Pero, cuando los menores tienen suficiente juicio ya pueden actuar, decidiendo sobre el tipo de relación que desean mantener con sus abuelos, aunque pueden ser también víctimas de la situación, en tanto en cuanto ellos deciden en gran medida la resolución del conflicto planteado, lo que puede derivar en problemas emocionales de diversa naturaleza.

Sin embargo, cabe considerar que ante el conflicto, la solución que se adopte en torno a la relación entre abuelos y nietos debe realizarse intentando no poner en peligro el ejercicio de la patria potestad, pues esta solamente corresponde a los progenitores<sup>24</sup>, teniendo presente la relación previa existente entre abuelos y nietos, la cual puede estar condicionada por la relación que media entre responsables parentales y abuelos.

En cualquier caso, en mi opinión, los progenitores deben fomentar las relaciones de sus hijos con sus abuelos, estando exclusivamente legitimados para restringirlas, cuando el interés de los menores se encuentre objetivamente en situación de riesgo, cuando concurra una verdadera "justa causa" (art. 160.2 CC). Riesgo que debe ser real y actual, no siendo suficiente que se trate de un "riesgo

---

23 Como es sabido, el art. 94.6 CC favorece el mantenimiento de las relaciones entre abuelos y nietos teniendo presente "el interés del menor" y siempre que medie el consentimiento de los abuelos. Por su parte, el art. 160.2 CC determina que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus abuelos". Como ha sido referido por DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: "Relaciones personales", cit., p. 695, para acceder al establecimiento de relaciones personales de los abuelos con los nietos, no es suficiente argumentar que no se encuentra acreditado que dichas relaciones hayan de ser necesariamente perjudiciales para el menor, sino que basta con el "mero riesgo" de que ello sea así, para no reconocer tal derecho a los abuelos, el cual siempre ha de ceder ante el interés superior del menor. Vid. también al respecto, GRACIA IBÁÑEZ, J.: "El derecho", cit., p. 118; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1763-1764.

24 DE LA ROSA CORTINA, J. M.: "Las relaciones", cit., p. 4.

probable o meramente potencial”<sup>25</sup>. Para DE VERDA y BEAMONTE<sup>26</sup>, es un tema controvertido el determinar si es necesario entender probada la existencia de “justa causa” para establecer las relaciones entre los abuelos y los menores, o si, por el contrario, tal y como parece deducirse de lo previsto en el art. 160.2 CC, la “justa causa” solamente ha de concurrir para excluirlas. En opinión de CHAPARRO MATAMOROS<sup>27</sup>, el simple testimonio desfavorable del menor, basado en criterios de puro egoísmo o capricho, no podría considerarse como “justa causa” impositiva de la relación con los abuelos<sup>28</sup>.

Al respecto cabe estimar que, no es suficiente con demostrar que no existe una justa causa para otorgar el derecho de relación, sino que es necesario argumentar que la relación que se pretende establecer es beneficiosa para los nietos, atendiendo siempre al interés del menor<sup>29</sup>. Esto exige a los tribunales que motiven de “forma razonada” sus resoluciones. En concreto, es denunciada la falta de motivación en STS 22 noviembre 2018<sup>30</sup>, considerando que “la motivación contenida en la sentencia no expresa ni razona cuáles son las circunstancias que, frente a la valoración que hace la sentencia del juzgado, llevan a dejarla sin efecto para establecer un régimen de comunicaciones de los abuelos con las nietas, más allá de lo que se interesó y resulta de su condición de allegados, sin precisar si tales relaciones pueden restringir las relaciones de las niñas con su madre, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 160 CC, y sin valorar si existe o no obstáculo ni oposición por parte del padre de las menores para que sus padres puedan compartir con el mismo el régimen de visitas establecido a su favor y, en definitiva, si esta relación es suficiente para desestimar la demanda. La realidad es que esta sala no conoce el fundamento de su decisión más allá de una genérica remisión a criterios comunes a esta suerte de medidas, en particular del interés del menor, sin concretar si este interés quedaba satisfecho en la forma que determinó la sentencia del juzgado”<sup>31</sup>.

25 BUENO BIOT, Á.: “La incidencia”, cit., p. 8.

26 “Relaciones personales”, cit., p. 699. En concreto, la STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972), establece que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así (...), para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

27 “El derecho”, cit., p. 205.

28 Desde mi punto de vista, esto debería ser verificado ante el caso concreto y determinar si verdaderamente el menor actúa por “puro egoísmo y capricho”. Resulta de interés, al respecto, el caso particular analizado por DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I.: “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1729-1744. Vid. también, BUENO BIOT, Á.: “La incidencia”, cit., pp. 1-32.

29 El polémico tema del “interés del menor” sigue generando opiniones sobre el particular. Prueba de ello son los trabajos, entre otros, de GARCÍA RUBIO, M.ª P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 13, pp. 14-49 y BARBA, V.: “Interés del menor”, cit., pp. 1-32.

30 STS 22 noviembre 2018 (RJ 2018, 5122). Vid. DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales”, cit., p. 700.

31 En los mismos términos la STC 138/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 138), la cual afirma que “la decisión judicial sobre la conformación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos se fundamenta en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios, sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores. Tanto en la resolución de instancia

Atendiendo al interés del menor se ha cuestionado la posible denegación del derecho de visita de los abuelos, por referir algunos ejemplos<sup>32</sup>, cuando existe conflictividad entre los adultos, planteamiento hoy en día ya superado<sup>33</sup>, salvo que los abuelos puedan ejercer una influencia negativa sobre el menor<sup>34</sup>; cuando concurren enfermedades o desequilibrios psíquicos de los abuelos<sup>35</sup>; cuando no hay relación entre ellos<sup>36</sup>; cuando se ha producido una ruptura matrimonial que ha provocado un alejamiento; por fallecimiento de uno de los padres y el otro progenitor les niega a los abuelos el derecho a relacionarse con sus nietos; cuando existen procesos penales siendo los abuelos parte en los mismos<sup>37</sup>; cuando se produce la adopción del nieto por otra familia, etc. Todos ellos constituyen un conjunto de conflictos, susceptibles de ser objeto de mediación con el fin de evitar un daño mayor a los menores, pues analizando los casos todo se reconduce a la inexistencia de comunicación, lo que provoca la ausencia de relación durante periodos de tiempo más o menos largos que, con el paso de los años, no hacen más que cronificarse<sup>38</sup>.

Se estima que la vía judicial no es la más adecuada para resolver este tipo de conflictos, aunque la práctica pone de manifiesto que es la más habitual, lo que debería llevar a replantear mediante el diálogo y la comprensión mutua, la idoneidad, como se ha dicho, de la mediación como mecanismo de gestión extrajudicial de este tipo de divergencias familiares, pues nunca hay que olvidar que se trata ante todo de un “conflicto familiar”, por lo que se debe ser conscientes de lo que ello conlleva<sup>39</sup>. En este perfil conflictual el paso del tiempo incide de forma negativa

---

como en las resoluciones posteriores, y una vez razonada la inexistencia de elemento impeditivo para la comunicación entre abuelos y nietos, se menciona genéricamente la adecuación o conveniencia de este amplio régimen de visitas, sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad desde la perspectiva del interés de los menores. En consecuencia, existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisonal, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 39 CE)”. A propósito de la sentencia, COLÁS ESCANDÓN, A. M.: “El régimen”, cit., pp. 133-185.

- 32 Vid. al respecto la casuística analizada, entre otros, por DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales”, cit., pp. 692-701; BUENO BIOT, Á.: “La incidencia”, cit., pp. 10-19; RIBOT IGUALADA, J.: “El derecho de relación de los abuelos: una relectura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 2021, pp. 1744-1764.
- 33 SAP de Lugo 18 marzo 2020 (AC 220, 776); STS 18 marzo 2015 (2015, 1152).
- 34 Caso extremo es el analizado por DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales”, cit., p. 696. Entiendo que las malas relaciones entre los ascendientes y los progenitores no deben constituir una justa causa para denegar el derecho de relación entre abuelos y nietos, salvo que perjudiquen directamente al menor. Se trata de primar el interés del menor, no el de los progenitores o ascendientes.
- 35 STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4631).
- 36 STS 18 marzo 2015 (RJ 2015, 1152).
- 37 STS 20 septiembre 2016 (RJ 2016, 4444).
- 38 Como pone de manifiesto DE LA TORRE LASO, J.: “¿Es suficiente con ser abuelo para tener derecho a un régimen de visitas? Comentarios al Auto del Tribunal Supremo 6029/2020 de fecha 29/07/2020”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 2, “el indicador que aparece en todas las demandas de visitas por parte de los abuelos es la historia de conflicto entre los abuelos y sus progenitores. Este factor es intrínseco a todas ellas, porque es una obviedad pensar que, si los abuelos y sus hijos no tuvieran dificultades, no haría falta acudir a la vía judicial para acordar dicho régimen de visitas”.
- 39 COLÁS ESCANDÓN, A. M.: “Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales”, *Revista*

en el desarrollo vital del menor, por lo que concedores de que en su proceso de maduración las “relaciones familiares” adquieren un papel fundamental, en el caso de los abuelos pueden verse gravemente afectadas<sup>40</sup>.

En cualquier caso, el principio del interés superior del menor, marca las pautas de la gestión y resolución del problema, en tanto en cuanto debe primar sobre el de los padres y abuelos. La precisión del concreto interés del menor, redundará en beneficio del interés de los abuelos y, en su caso, de los progenitores, lo que no implica el reconocimiento del interés del menor y de los abuelos a un mismo nivel. No se puede olvidar que esta supremacía del interés del menor sobre cualquier otro ya no es cuestionable tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (en adelante, Ley Orgánica 8/2015)<sup>41</sup>, cuyo art. 2.1 establece que “primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”<sup>42</sup>.

La fijación de unos criterios para proceder a la delimitación del interés del menor en el supuesto concreto, implica una valoración de forma conjunta y atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>43</sup>. La supervivencia y desarrollo del menor, así como la satisfacción de sus necesidades básicas en todos los ámbitos, constituyen el elemento principal que el intérprete debe tener en cuenta, teniendo un carácter preferente, incluso, frente a los demás<sup>44</sup>.

Igualmente, resulta fundamental, desde mi punto de vista, por un lado, contar con la opinión del menor, fomentado de forma progresiva, atendiendo a su edad y madurez, su participación en todo aquello que pueda afectarle; y, por otro lado, tener presente que las necesidades de los menores cambian, por lo que las decisiones que sean adoptadas necesitan ser objeto de revisión.

La participación del menor garantiza que su interés sea determinado desde la perspectiva del mismo, como persona individualmente considerada, ser social que vive un problema en un lugar y momento determinados, nunca desde la perspectiva

---

*Doctrinal-Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, núm. 6, p. 4 (BIB 2011/1118).

40 DE LA IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I.: “Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, pp. 3029-3044.

41 BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

42 La determinación del interés superior del menor en cada asunto debe, en mi opinión, estar basado en una serie de criterios aceptados y valores ponderados en función de diversos elementos y, sobre todo, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, pues a pesar de que pueda existir ante el supuesto de hecho una similitud, siempre existen matices que lo hacen único, por lo que no existe identidad.

43 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 75 y 107.

44 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en AA.VV.: *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (coord. V. CABEDO MALLOL, I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 120.

de los adultos. No obstante, esto sólo es posible cuando nos encontramos ante un menor que es consciente de la trascendencia de las decisiones u opiniones que emite sobre la realidad que está viviendo, luego habrá que atender a su capacidad natural. Por ello, resulta de gran trascendencia que el juzgador del caso tenga acceso a todos los datos del supuesto y cuantos elementos de juicio puedan influir en la decisión que debe adoptar, con el fin de que esta resulte ser lo más acertada posible y, sobre todo, responda al interés concreto de ese menor<sup>45</sup>.

En consecuencia, el Tribunal debe atender al interés del menor, en cada caso concreto, para establecer el régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos, pero asimismo debe concretar y motivar, en base a dicho interés, el por qué otorga ese régimen y no otro u otros (art. 1 Ley Orgánica 8/2015). Igualmente, la opinión del menor resulta crucial para la delimitación del referido interés, por lo que deben tener la opción de poder ejercitar el derecho a ellos reconocido, tal es, el derecho a ser oídos y escuchados<sup>46</sup>. Escuchar la opinión del menor es determinante en estos casos, tomando en consideración lo que haya manifestado, siendo valorada por el Juez, quien debe analizar la posible influencia que en la formación de la voluntad del menor hayan podido tener sus progenitores. Ahora bien, que el menor ejercite su derecho a ser oído y escuchado, no significa dictar una resolución cumpliendo los deseos del menor<sup>47</sup>.

El menor, en mi opinión, debe ser oído y escuchado en todo caso, ya que se trata de un derecho que le está expresamente reconocido y cuyo ejercicio le debe ser facilitado, pues de sus manifestaciones pueden ser extraídas valoraciones que permitan la adopción de decisiones más acordes con su interés<sup>48</sup>. Debe ser escuchado todo menor que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, no debiendo ser establecidos, como ocurre en la normativa española, límites mínimos de edad, sino que debe ser determinado caso por caso. Por ello, es necesario atender al grado de madurez del menor, no a su edad biológica.

Asimismo, hay que poner de manifiesto la importancia que tiene a estos efectos la posición ideológica y jurídica, psicológica y educacional que tenga quien

45 STEDH 30 noviembre 2010, caso P.V. contra España (TEDH 2010, 112).

46 Vid. STC 152/2005, de 6 de junio 2005 (RTC 2005, 152); STS 15 enero 2018 (RJ 2018, 18). Sobre el particular, PÉREZ CONESA, M.<sup>a</sup> C.: "Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de visitas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 4, pp. 1-5 (BIB 2018/7483).

47 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "¿Protección de menores "versus" protección de progenitores?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Vol. III, p. 2 (BIB 2000/235).

48 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección de la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 101. Atendiendo al art. 12 CDN es posible deducir cinco medidas necesarias que permiten hacer efectivo el derecho a escuchar a la persona menor de edad, tales son, preparación, audiencia, evaluación de la capacidad, información sobre la consideración y trascendencia otorgada a sus opiniones, quejas y recursos. Antes de la audiencia el menor requiere una preparación, debe ser informado del derecho que ostenta, la forma en la que se va a desarrollar esa audiencia, en presencia de quién tendrá lugar y de que su opinión será objeto de la máxima consideración y cómo puede influir en la decisión que finalmente sea adoptada.

debe proceder a su valoración y adoptar una decisión, que siempre serán adultos y cuyo subjetivismo, aun mediando una buena intención por su parte, pueda llegar a resultar “perturbadora”<sup>49</sup>. Por lo tanto, discrecionalidad, razonabilidad y proporcionalidad deben presidir siempre la actuación de aquellos que asumen la difícil tarea de evaluar, valorar y ponderar la voluntad emitida por el menor en el legítimo ejercicio de su derecho a ser oído y escuchado, con el fin de lograr la concreción de su propio interés, pues no deben ser obviados en ningún caso, los problemas que en la práctica se plantean a efectos de la ejecución de medidas de cualquier naturaleza judicial, administrativa y de mediación, no teniendo en cuenta la voluntad del menor involucrado a partir de que este tiene una determinada edad.

Ahora bien, aunque resulta fundamental contar con la opinión del menor de forma progresiva, atendiendo a su edad y madurez, así como con su participación en todo aquello que pueda afectarle, hay que tener presente que las necesidades de los menores cambian, por lo que las decisiones que sean adoptadas necesitan ser objeto de revisión.

### III. ASCENDIENTES PRESENTES Y AUSENTES EN LA VIDA DE LOS MENORES.

Las “relaciones personales” entre ascendientes y nietos no es ajena a la controversia, como ya se ha manifestado. Buena prueba de ello es la profusa jurisprudencia existente al respecto. La aplicación por parte de nuestros tribunales de la normativa existente permite un acercamiento a la virtualidad práctica de un problema real y permanente, aunque con una nueva perspectiva, en tanto en cuanto la figura de los ascendientes es otra y la forma de decidir su presencia en las relaciones familiares ha cambiado. Por ello, resulta de interés el acercamiento a ciertas decisiones adoptadas por los tribunales, sin ánimo de abarcar con exhaustividad todo el material jurisprudencial existente sobre la materia.

Al respecto, son relevantes las decisiones adoptadas por el TEDH, en las que se plantea el asunto al amparo del art. 8 CEDH, el cual reconoce el derecho a la vida privada y familiar; lo que implica que los Estados deben adoptar medidas que permitan el mantenimiento de los vínculos afectivos entre abuelos y nietos garantizando que se desarrollan con normalidad. También se ha pronunciado sobre el particular el TJUE, como luego habrá ocasión de verificar.

Sin embargo, adelanto que el TEDH distingue entre vida privada y vida familiar a efectos de la determinación de la posible o no vulneración del art. 8 CEDH que protege este tipo de relaciones personales. Cabe decir que el derecho de los

---

49 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés*, cit., p. 202.

ascendientes a mantener relaciones con los nietos es una relación familiar, pero que forma parte de la vida privada de los mismos, por lo que ante estos supuestos existe una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, no teniendo sentido la diferenciación realizada. En cualquier caso, la ausencia o privación del derecho de visita de los abuelos se estima por parte del TEDH una vulneración del art. 8 CEDH.

Como ya ha sido manifestado, en la expresión “vida familiar”, quedan incluidas todas las “relaciones vivenciales e interpersonales” existentes entre sus miembros en su “proyección o dimensión privada (no pública)”, cuya “lesión en su goce o legítima vivencia afecte negativamente a alguno de sus protagonistas o a la protección de los derechos individuales implícitos”<sup>50</sup>.

El TEDH en sede de relaciones personales y con ocasión de la interpretación y aplicación del art. 8 CEDH, ha puesto el acento en el principio de proporcionalidad, sobre todo en lo que afecta a la valoración de los posibles límites y restricciones que los tribunales y autoridades nacionales pueden imponer a estas, atendiendo al justo equilibrio entre los intereses individuales y generales<sup>51</sup>.

El análisis parte de la defensa del derecho de los ascendientes a mantener relaciones con sus nietos atendiendo al interés del menor, el cual prima sobre el de los progenitores y sobre el de los abuelos. La inclusión de los ascendientes en el ámbito de las relaciones personales de los menores va a depender del beneficio que esto supone para el mismo, provocando su exclusión cuando concurra una justa causa motivada de “forma razonada” por parte de nuestros tribunales. Asimismo, el estudio de la jurisprudencia del TEDH y TJUE permite no solamente precisar los principios y criterios que deben ser atendidos en nuestro Ordenamiento y respetados por nuestros tribunales en esta materia, sino verificar su efectividad en el derecho interno. Se adelanta que los problemas habituales versan sobre el contenido, extensión y procedencia de este tipo de “relaciones familiares”, íntimamente ligados a los intereses en conflicto y los derechos y deberes de ascendientes, progenitores y nietos.

En todo caso, resulta fundamental atender al interés del menor, teniendo presente su opinión, mediante el ejercicio del derecho a ser oído y escuchado, como sujeto de derecho y con una capacidad progresiva para ejercerlos. Siempre sin lesionar el ejercicio de la patria potestad, cuya titularidad corresponde en exclusiva a los progenitores. La dedicación previa de los ascendientes a los menores también debe ser tenida en cuenta a efectos de la determinación de sus relaciones.

50 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2006, núm. 2, p. 346.

51 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La protección”, cit., p. 351.

## I. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TS y menor.

### A) Ascendientes idóneos e interés del menor.

El análisis de la idoneidad de los ascendientes que reclaman el mantenimiento de relaciones personales con los nietos es obviado en la mayoría de las ocasiones. Se parte de una visión positiva de los abuelos que puede conducir al encubrimiento, tras un supuesto interés del menor, de una relación entre abuelos y nietos basada en el interés de aquéllos, en la medida en que por tradición los abuelos parecen ser que son “siempre buenos”<sup>52</sup>. El menor no puede ser utilizado como mecanismo de normalización de las relaciones entre determinados miembros de la familia, confiando en que pondrán de su parte para garantizar que estas se desarrollen de forma fluida y sin incidentes. Siendo el menor consciente de que él es el foco del conflicto y el causante de la situación de ausencia de relación entre sus progenitores y ascendientes, es atentatorio contra el interés del menor el establecimiento de un régimen de visitas con este fin. Por este motivo, la idoneidad de los abuelos no debe presumirse, pues el interés del menor debe estar siempre en un primer plano y el de los ascendientes y progenitores en un segundo.

De todas formas la SAP de Asturias 24 julio 2012<sup>53</sup> admitió y consideró que “aunque si bien es cierto que los informes de los equipos psicosociales que examinaron la situación no consideraron aconsejable establecer ningún tipo de régimen de visitas entre los abuelos maternos y el menor, aclarando en la vista el equipo psicosocial (...), que son unos abuelos altamente intervencionistas (...), sabiendo que él es el foco del conflicto, el establecer un régimen de visitas supondría un nuevo desequilibrio que le perjudicaría. Queda patente que “la única causa para negar el establecimiento de un régimen de visitas es la actitud de los abuelos, claramente intervencionista que niegan la existencia de problemática familiar (...). Pese a todo lo anterior, constando con claridad la desavenencia entre los padres y los apelantes, ha de afirmarse, de modo general, que dicha desavenencia por sí sola no ha de determinar la desestimación de la demanda, no constando otros datos que interfirieran en la relación entre abuelos y nieto, que siempre lo han acogido y tratado como mejor entendían, es por lo que considera esta Sala que el interés superior del menor determina, pese a la evidente ausencia de relaciones entre las partes, que es bueno para el menor dicha relación con sus abuelos, en la presunción de que el contacto con los miembros de su familia

52 DE TORRES PEREA, J.M.: “El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores”, *Diario la Ley*, 2019, núm. 9538, pp. 1-6, estima que tras un supuesto interés del menor se encubre “lo que no es sino la imposición de un determinado orden natural que basado en el dato biológico de parentesco vendría a ser una supuesta e ineludible exigencia de nuestra tradición cultural, y la imposición de ese orden natural a los únicos que favorecería realmente sería a los abuelos, ya fuera a costa del interés del menor o no”.

53 SAP Asturias 24 julio 2012 (AC 2012, I232).



extensa beneficia el desarrollo del mismo y, se intente una normalización o, al menos, un intento de acercamiento y reanudación de las visitas”.

En contra, llevando a cabo un análisis de la idoneidad o no del ascendiente, la SAP Barcelona 20 marzo 2019<sup>54</sup>, en la que se condena al padre por un delito de sustracción de menores en el que estaba implicada la abuela paterna, estima claramente perjudicial para el menor el contacto con la misma, teniendo presente los antecedentes familiares y las diferentes vivencias negativas del niño en el entorno familiar paterno. Por este motivo considera que es cuestionable que el interés de la abuela en solicitar la reanudación de la relación “sea un interés coincidente con las necesidades e interés de su nieto y que la finalidad perseguida sea la de favorecer la estabilidad y formación del menor en un contexto familiar adecuado”. En este sentido, “establecer un régimen de visitas entre la abuela y su nieto constituye un claro perjuicio para la estabilidad emocional del niño”.

En todo caso, resulta fundamental el análisis de las circunstancias del caso, así como el contexto en el que se pretenden instaurar las relaciones, pues no todos los abuelos son idóneos, ni siempre su relación personal con los nietos responde al interés de estos menores.

#### *B) Riesgos al menor en interés de terceros.*

El derecho de los ascendientes a mantener relaciones personales con sus nietos puede verse alterado por la existencia de un “mero riesgo” de que puedan resultar perjudiciales para el menor, no siendo preciso que el régimen de visitas resulte “necesariamente perjudicial”. Admitir las relaciones personales en estos casos puede implicar la puesta en peligro del interés del menor en beneficio de terceros que reclaman el mantenimiento de relaciones.

En estos términos, STS 25 noviembre 2019<sup>55</sup> en la cual se estimó que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así (...), para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”<sup>56</sup>.

#### *C) Ascendientes como institución de protección.*

Los ascendientes ante situaciones de incumplimiento de la responsabilidad parental, adquieren un importante protagonismo. Cuando los menores son privados de la asistencia de sus progenitores y son declarados en situación de

54 SAP Barcelona 20 marzo 2019 (JUR 2019, 142847).

55 STS 25 noviembre 2019 (RJ 2019, 4972).

56 Vid. STS 27 septiembre 2018 (RJ 2018, 4242).

desamparo, es habitual que los abuelos asuman la guarda de hecho de los nietos. Ante esta situación y declarado el desamparo, los abuelos dan un paso al frente y se ofrecen para acoger a los nietos y siendo declarados como idóneos se procede a la formalización de un acogimiento en familia extensa. Esta solución es mejor que el ingreso del menor en un Centro de Protección o un acogimiento en familia ajena.

Con esta medida de protección se daría cumplimiento a lo establecido en art. 11.2, b) de la LOPJM 1996, el cual declara como principio rector de los poderes públicos el mantenimiento del menor “en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”.

Como ya se puso anteriormente de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, uno de los fines de la norma es atribuir a los abuelos “una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad”. De igual forma, el art. 20.2 LOPJM 1996 establece que “cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento”. Por su parte, el art. 103.1, pfo. 2º CC, establece que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

En esta línea la SAP Pontevedra 6 febrero 2023<sup>57</sup>, en la que se atribuye a los abuelos la guarda y custodia de sus nietos menores de edad ante la falta de ejercicio de la responsabilidad parental. En el presente caso “los demandantes fundan su legitimación en el hecho de que han sido quienes se han encargado de la atención y cuidado de los niños, al desentenderse sus padres de los deberes y funciones paterno filiales, situación que se prolonga desde hace varios años y que exige, precisamente para salvaguardar el interés de los menores, que se reconozca o formalice mediante la atribución de la guarda y custodia”.

El origen del caso se encuentra en la separación de los progenitores, siéndole atribuida la guarda y custodia de los menores a la madre, la cual se traslada a vivir a casa de los abuelos maternos, quienes se hicieron cargo de todos los cuidados que necesitaban, pues el padre se desentendió casi por completo de los niños desde el principio y la madre que, inicialmente trabajaba prácticamente todo el día, se

---

57 SAP Pontevedra 6 febrero 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:909A).

mudó a otro domicilio, dejando a los menores con sus abuelos. Estos se hicieron cargo de sus nietos actuando como verdaderos “custodios de hecho”.

La guarda de hecho de menores de edad, se regula a partir de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>58</sup>, que reforma los arts. 237 y 238 CC. Se trata de una situación en la que una persona, sin contar con un previo nombramiento judicial, se encarga de la atención de la persona y administración del patrimonio de un menor. En el caso de los menores se concibe como una medida de naturaleza provisional y transitoria de protección.

En el caso analizado, como los abuelos asumen el cuidado de los nietos a causa del abandono o imposibilidad de los padres, deben promover la constitución legal de la medida de protección estable que proceda, atendiendo a las circunstancias y siempre en interés del menor. Como se puede comprobar, la resolución no acuerda la extinción o suspensión de la patria potestad cuyo ejercicio es compartido por la madre y el padre, alegando el deseo de los abuelos de evitar trámites desagradables y la audiencia preceptiva de los menores en sede judicial. Por esta razón, se acuerda un régimen de visitas y comunicación a favor de los padres, quienes podrán ejercerlo o no, dado su carácter de derecho, pero no de obligación, imponiéndoles la carga de abonar una determinada cantidad en concepto de alimentos para sufragar los gastos de manutención de los dos menores.

La figura del ascendiente como cuidador de los nietos, ayudando y facilitando a los hijos el desarrollo de una actividad profesional, o en los supuestos de crisis de familia con el fin de evitar ante la desestructuración un grave riesgo al menor, el cual puede derivar en una situación de desamparo y, en su caso, la propia institucionalización, se erige en una figura que va adquiriendo de forma progresiva un mayor protagonismo en la vida de los descendientes, adquiriendo un nuevo rol en respuesta al interés del menor. Por ello, se puede afirmar que los ascendientes que ejercen la guarda de hecho y, en su caso, de derecho, cumplen una función esencial en nuestra sociedad actual, evitando el desamparo del descendiente que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

#### *D) Ascendientes, nietos y Coordinador de Parentalidad.*

El restablecimiento de las relaciones personales entre ascendientes y nietos exige, en ocasiones, la intervención de terceros. El Punto de Encuentro Familiar y el Coordinador de Parentalidad tienen un amplio campo de actuación en aras de iniciar, restablecer y mantener las relaciones entre ascendientes y nietos, en interés

---

58 BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

del menor. El Auto AP Barcelona 5 octubre 2018<sup>59</sup>, establece que “está claro que, salvo que de ello se derive una situación de riesgo o perjuicio para los menores, es conveniente mantener la relación entre abuelos y nietos porque este privilegiado grado de parentesco debe ser respetado y resulta además especialmente enriquecedor para los niños. No obstante, todo lo anterior, debe también exhortarse a los abuelos maternos a que se limiten a cumplir las indicaciones de los técnicos, tanto del coordinador/a de parentalidad como los del Servicio de Punto de Encuentro, evitando presentarse en lugares en que se encuentren los menores sin advertirles de su presencia, pues ello interfiere en la relación y puede provocar un mayor rechazo que en definitiva les acabara perjudicando. Las relaciones personales, especialmente con los niños, requieren de un acercamiento progresivo y cordial, basada en el afecto y no en la imposición que aboca al efecto contrario al pretendido”.

El coordinador de parentalidad no es un terapeuta familiar<sup>60</sup>, “aunque en algunos casos el coordinador puede tomar decisiones vinculantes para la familia, es más una figura transversal con capacidad para cumplir diferentes roles y por ello debe tener una formación en técnicas de mediación, terapéuticas y de trabajo social, pero no actuar como ellos. La función del Coordinador Parental es asesorar a los progenitores sobre las necesidades de sus hijos y, ayudarlos en la toma de decisiones consensuadas, pero en absoluto abordar los posibles trastornos ni entrar en la intimidad de las personas afectadas sino únicamente en aquello que incide en el aspecto relacional, buscando la resolución del conflicto”.

Aunque en este caso se trataba de la relación personal del menor con la madre, es perfectamente aplicable al supuesto de las relaciones personales con los abuelos.

---

59 Auto AP Barcelona 5 octubre 2018 (JUR 2018, 289477).

60 Como bien se diferencia en el Auto AP Barcelona 5 octubre 2018 (JUR 2018, 289477), la terapia familiar “es una disciplina terapéutica dirigida al abordaje y tratamiento de los conflictos familiares, bien a través de la psicoterapia, ejercida exclusivamente por psicólogos, de la terapia psicoeducativa o pedagógica para inducir a cambios conductuales a través de la educación y la mejora de habilidades emocionales para las relaciones entre los miembros de la unidad familiar. Se dirige al tratamiento de estos trastornos emocionales subyacentes, para mejorar la comunicación y resolver los conflictos, de manera que en las sesiones participen el conjunto de miembros de la familia o únicamente los más predispuestos a participar. La terapia así entendida resulta útil tanto para resolución de los problemas del grupo familiar como los individuales de alguno de los miembros, y sirve para resolver desde problemas de convivencia a situaciones de ausencia de comunicación, relaciones distorsionadas o interacciones en vínculos fracturados o violentos. Esa acción terapéutica que trata de ayudar a superar el sufrimiento psicológico que presentan uno o algunos de los miembros de la familia, no está en absoluto presente en el caso de la figura del coordinador parental cuya finalidad no es otra que la de un auxiliar o colaborador con el juez, ante la situación de conflicto, en la implantación efectiva de las medidas acordadas por éste, con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas”.

## 2. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TEDH.

*A) Reintegración del menor enfermo con su padre biológico tras la atribución de la custodia a la abuela materna por fallecimiento de la madre: STEDH (Sección 2ª), 30 noviembre 2021, caso T.A. y otros contra la República de Moldavia.*

Por regla general, el padecimiento de enfermedades por parte de los menores puede alterar el régimen de relación previa que se viene desarrollando entre abuelos y nietos. Esta situación puede derivar incluso en la denegación, suspensión o limitación del derecho a mantener la relación. Las causas pueden ser variadas, tales como que el mantenimiento de las relaciones pueda poner en peligro la recuperación del menor; o que los abuelos no dispongan de medios físicos o económicos para prestarles la debida asistencia.

La enfermedad del menor no ha sido tenida en cuenta en el “caso T.A. y otros”<sup>61</sup>, resuelto por el TEDH, en el que se cuestiona la idoneidad del traslado de un niño de cinco años que padece graves trastornos de desarrollo tanto mental, como físico, atendido desde el nacimiento por sus abuelos, con su padre biológico. Los ascendientes alegan la violación del respeto a su “vida privada” (art. 8 CEDH), ante la retirada automática de la custodia del nieto, sin analizar las circunstancias del caso de forma exhaustiva y sin fase de adaptación del menor a su progenitor con el que no ha convivido, ni tenido contacto, salvo visitas esporádicas.

En principio, la resolución adoptada por los Tribunales Nacionales debe ser rechazada, abogando por la necesaria reintegración del menor con sus abuelos. Se trata de un error a todas luces, en tanto en cuanto la debida revisión de las circunstancias que lo han rodeado, podría haber llevado a un resultado diferente, no poniendo en peligro, como así ha sido, el interés del menor, de sus abuelos y, por qué no, también de su progenitor. Esta realidad conduce al TEDH a considerar que, ante la ausencia de análisis de las circunstancias del caso, se produce una violación del art. 8 CEDH.

Elementos fundamentales a los efectos de la determinación del interés del menor en el caso concreto y que deberían ser tenidos en cuenta, son:

1º. Las condiciones del nacimiento del menor, de urgencia y de forma prematura en la semana 27 de gestación, teniendo que estar en la unidad de cuidados intensivos durante 46 días, hasta ser dado de alta y trasladado a casa de sus abuelos maternos. El menor nació con diversos problemas de salud, siendo

61 STEDH (Sección 2ª), 30 noviembre 2021, caso T.A. y otros contra la República de Moldavia file:///C:/Users/Carm/Downloads/CASE%20OF%20T.A.%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20REPUBLIC%20OF%20MOLDOVA.pdf (consulta realizada, 01/07/2022).

objeto de diferentes tratamientos y atención constante por parte de sus abuelos, en concreto, su abuela materna.

2°. La atribución de la custodia a la abuela materna, siendo declarado como menor desprovisto de protección parental.

3°. Los informes psicosociales y médicos favorables al mantenimiento del menor con sus abuelos, con los que tenía unos lazos afectivos muy estrechos. Su separación podría provocar graves efectos en el estado psicológico del nieto, teniendo en cuenta sus necesidades especiales de desarrollo, su estado de salud y que realmente no conocía a nadie más que a sus abuelos.

4°. La situación laboral, de vivienda y personal del padre, el cual no se encuentra en condiciones de proporcionarle el confort material y el equilibrio psico-emocional que requiere el menor, aunque se le reconoce el derecho de visita.

No obstante, se estima que el domicilio de un menor solamente puede establecerse con personas distintas de los padres en casos excepcionales, es decir, en el caso parece ser que no se da la circunstancia de una situación excepcional que justifica el establecimiento de su domicilio con sus abuelos, siendo el menor separado de los mismos, quienes perdieron la custodia en favor del progenitor.

Cabe denunciar la inexistencia de un periodo de adaptación o transición a la nueva vida del menor enfermo con su progenitor que, entre cosas, facilitara la reagrupación familiar. Los intereses en juego que han sido tenidos en cuenta por los tribunales evidentemente son tres: el supuesto "interés superior del menor", el del padre biológico y el de los abuelos, bajo el paraguas de la obligación positiva de adoptar medidas encaminadas a la reagrupación familiar. El acogimiento inicial por parte de los abuelos, si bien responde al interés del menor, decae cuando el padre pone de manifiesto su intención de reunirse con el niño, no siendo demostrado que no puedan atender las necesidades del menor. Sin embargo, esto no debe impedir que los abuelos sigan manteniendo la relación con su nieto del que se han ocupado hasta el momento.

El análisis del caso a la luz del art. 8 CEDH implica reconocer que:

1°. El disfrute de la compañía de padres e hijos es un elemento fundamental en la vida familiar. Por este motivo la ruptura de los lazos familiares solamente es aceptable en casos excepcionales, por lo que se deben adoptar medidas en aras de preservar las relaciones familiares y facilitar la reagrupación familiar.

2°. El interés superior del menor exige que los vínculos del menor con su familia deban mantenerse, salvo que se demuestre ser especialmente inadecuada

y esto pueda perjudicar la salud y desarrollo del niño. Por ello, un padre no puede tener derecho a que sean adoptadas medidas que puedan perjudicar la salud y el desarrollo del niño.

3º. La existencia de vida familiar entre abuelos y nietos debe producirse cuando existen vínculos familiares suficientemente estrechos entre ellos<sup>62</sup>. Por esta razón, la situación de la familia debe ser objeto de un análisis exhaustivo, teniendo en cuenta factores de carácter fáctico, emocional, psicológico material y médico, atendiendo siempre a cuál es la mejor solución para el menor.

Ante el caso hubiera sido procedente explorar la posibilidad de dejar al menor con sus abuelos, garantizando al mismo tiempo el acceso frecuente y sin obstáculos de su padre, con el fin de construir gradualmente una relación entre ellos, sin necesidad de exponer al menor a un "riesgo inmediato". Por este motivo, la falta de adopción de medidas de naturaleza transitoria y preparatorias que ayuden tanto al menor, como a su progenitor a construir una relación, es "contraria al interés superior del niño".

En consecuencia, cabe entender que, es preciso proteger tanto el interés superior del menor, como la reagrupación familiar, siendo para ello de crucial importancia la "forma" en la que la misma se lleva a cabo, el cómo hay que proceder para otorgar garantías de cumplimiento y la suficiente protección en atención a los sectores familiares implicados e intereses en conflicto, tales son, menores, progenitores y ascendientes. En ningún caso, el retorno automático resulta aconsejable para el interés del menor, ni asegura la eficacia del mismo, ya que puede tener unas consecuencias muy negativas para su salud física y mental.

En el caso enjuiciado por el TEDH, no se llevó a cabo un análisis de las circunstancias que rodean al menor en concreto, no se ha estudiado qué es lo mejor para él, teniendo presente su estado de salud y el cuidado del que ha sido objeto desde su nacimiento por parte de sus abuelos. La capacidad de los ascendientes para prestar los cuidados que requiere el menor también debe ser objeto de valoración. No se trata de impedir la reagrupación familiar, sino de facilitar la viabilidad de la misma, para que resulte efectiva y sin perjudicar al menor. Si las dilaciones temporales en la toma de decisiones que afectan a los menores en cualquier procedimiento resultan negativas, la automaticidad de las medidas a adoptar sin fase de preparación, son igualmente desfavorables al interés del mismo. Siempre es necesario tener presente el sujeto que se pretende proteger y

62 Vid. también, STEDH (Sección 4ª), 23 julio 2019, caso Shvets contra Ucrania (JUR 2019, 224925). Sin embargo, la relación entre ascendientes y nietos no es equiparable a la de padres e hijos, Vid. al respecto, STEDH (Sección 4ª), 23 julio 2019, caso Shvets contra Ucrania (JUR 2019, 224925) y STEDH (Sección 1ª), 14 enero 2021, caso Terna contra Italia (JUR 2021, 16299).

en interés del cual se están adoptando medidas y tomando decisiones, pues de lo contrario, se estará poniendo en peligro el futuro del menor.

*B) Ascendientes, nietos y procesos penales: STEDH (Sección 2ª), 20 enero 2015, caso Manuello y Nevi contra Italia.*

La relación de los ascendientes con un proceso penal también es determinante a los efectos de establecer el régimen de relaciones personales que estos tengan derecho a mantener con sus nietos.

En el caso “Manuello y Nevi”<sup>63</sup> los abuelos alegan la violación del respeto a su “vida privada” (art. 8 CEDH), ante la duración excesiva del proceso relativo a la autorización de los encuentros con la menor y la falta de ejecución por parte de los servicios sociales de la decisión judicial que les permite mantener contacto con su nieta.

En principio, mientras duró el matrimonio de su hijo, los abuelos paternos de la menor acudían de forma regular a visitar a su nieta para verla e incluso durante los veranos pasaba tiempo con ellos en su casa, en la que tenía su propia habitación y juguetes. Producida la separación de los progenitores, debido a la denuncia de la directora del colegio de la menor, ante la sospecha de que la misma era objeto de abusos sexuales por parte de su progenitor, se inicia un proceso penal contra el padre, quien fue finalmente absuelto ante la ausencia de hechos probados. Entre tanto, la madre de la menor solicita al Tribunal de Menores de Turín, la privación de la patria potestad, así como que se le impidiera al padre ver a la misma. Desde esa fecha los abuelos no han mantenido contacto con su nieta.

Debido a los informes psicosociales fueron suspendidos todos los encuentros de la menor con los ascendientes, pues esta presentaba un sentimiento de miedo frente a su padre, al que asociaba con sus abuelos paternos, por lo que no estaba preparada para verlos. Ante esta situación los abuelos denuncian que las jurisdicciones han hecho pesar sobre ellos la supuesta responsabilidad penal de su hijo, no teniendo en cuenta el interés de la menor, atentando desproporcionadamente contra su derecho a la vida familiar. Hay que poner también de manifiesto que cuando empezó el proceso relativo al derecho de visita la nieta tenía 5 años y que ya tiene 17 años, sin haber visto durante todo este tiempo a sus abuelos.

El estudio del caso atendiendo al contenido del art. 8 CEDH conlleva a considerar que:

<sup>63</sup> STEDH (Sección 2ª), 20 enero 2015, caso Manuello y Nevi contra Italia (TEDH 2015, 16). Vid. también, sobre el particular STEDH (Sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia (JUR 2017, 311781).



1º. Se precisa la adopción de medidas dirigidas a garantizar el respeto de la “vida familiar” de forma que alcancen a todas las relaciones entre los individuos, en las que la puesta en marcha de un “arsenal jurídico” adecuado y suficiente pueda proteger los derechos legítimos de todos los interesados<sup>64</sup>. Las medidas deben asegurar la reunión de padre e hijo, en caso de conflicto que enfrente a los dos padres, así como la relación entre el menor y sus abuelos.

2º. No solamente hay que velar porque el menor se relacione con sus progenitores y ascendientes, sino que es necesario adoptar “medidas preparatorias” que permitan llegar a un buen resultado<sup>65</sup>. En todo caso, las medidas que persiguen el mantenimiento del vínculo familiar deben ser puestas en marcha rápidamente, puesto que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en las relaciones entre el menor y aquel de los padres que no vive con él, así como con sus ascendientes.

Nuevamente nos encontramos ante un caso en el que queda demostrada la ausencia de esfuerzo por parte de las autoridades a los efectos de la delimitación del “interés de la menor”. La ruptura entre los ascendientes y sus nietos solamente cabe cuando concurren circunstancias “excepcionales” y no se han producido, pues la inocencia del padre fue probada, lo que no ha debido obstaculizar la puesta en marcha del programa de encuentros entre los abuelos y la menor. La ausencia de diligencia debida ha puesto en peligro el interés del menor, al ser privado del contacto con sus abuelos sin justa causa que lo justifique.

*C) Ascendientes y nietos declarados en desamparo: STEDH (sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia.*

En el caso Beccarini y Ridolfi contra Italia<sup>66</sup>, es analizada la custodia de los menores, atribuida inicialmente a los abuelos, ante la imposibilidad por parte de la progenitora de asumir su responsabilidad parental, la cual ha sido interrumpida tras la intervención de los servicios sociales por las disputas mantenidas entre ellos. Esta situación deriva en el desamparo de los nietos y la posibilidad de ser adoptados, lo que suspende las relaciones personales.

La relación entre los ascendientes y los nietos responde a la existencia de lazos familiares. No obstante, la situación de desamparo y posible adopción posterior no debe desembocar en una ruptura absoluta de las relaciones entre abuelos y nietos, siendo obligación de las autoridades nacionales el adoptar las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de los vínculos entre los mismos.

64 En este sentido, STEDH (Sección 1ª), 14 enero 2021, caso Terna contra Italia (JUR 2021, 16299).

65 A este respecto, STEDH (Sección 1ª), 14 enero 2021, caso Terna contra Italia (JUR 2021, 16299).

66 STEDH (Sección 1ª), 7 diciembre 2017, caso Beccarini y Ridolfi contra Italia (JUR 2017/311781).

La ausencia de contacto con los nietos deriva, por un lado, de la decisión de suspender los encuentros; y, por otro lado, de la falta de diligencia de las autoridades competentes. Por esto, se puede denunciar que las autoridades nacionales no han adoptado las medidas necesarias, adecuadas y suficientes para preservar el vínculo familiar entre los ascendientes y sus nietos, no actuando con la diligencia debida.

Adquieren siempre un papel fundamental, las “medidas preparatorias”, tanto para los menores, como para los adultos de una familia, las cuales deben tener como objetivo favorecer el restablecimiento de las relaciones que aún parecen potencialmente positivas. La ruptura de todo contacto entre los abuelos y nietos tiene unas consecuencias muy graves para la relación entre los mismos, pero a pesar de las decisiones favorables de la autoridad judicial, los servicios sociales no han tenido suficientemente en cuenta el mantenimiento de algún tipo de contacto entre los menores y sus abuelos.

La declaración de desamparo y posibilidad de adopción posterior, no tiene que implicar la ruptura radical de las relaciones entre ascendientes y nietos, cuestión que atendiendo a las circunstancias del caso habrá que valorar según el interés del menor, y que a todas luces no ha sido tenido inicialmente en cuenta en el presente caso. No se debe olvidar que, todas las medidas destinadas a provocar la ruptura de las “relaciones personales” y los vínculos entre el menor y su familia deben tener siempre carácter “excepcional”.

*D) Ascendientes y nietos en adopción: STEDH (Sección 3ª), 5 marzo 2019, caso Bogonosovy contra Rusia.*

En el asunto Bogonosovy contra Rusia<sup>67</sup> los ascendientes reclaman el mantenimiento de relaciones personales con su nieta, tras ser privados del contacto con la misma por ser adoptada por unos familiares, después del divorcio de sus progenitores y posterior fallecimiento de la madre. Caso menos frecuente es la adopción del menor lo que implica la ruptura de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia biológica. Sin embargo, no puede negarse la existencia de “vida familiar” entre abuelos y nietos cuando hay vínculos suficientemente fuertes entre ellos. Por esta razón, el derecho al respeto de la vida familiar de los abuelos en relación con sus nietos, conlleva sobre todo el derecho a mantener una relación normal entre abuelo y nieto a través del contacto entre ellos, el cual se desarrolla habitualmente con el acuerdo de la persona que ejerce la patria potestad.

La cohabitación no se presenta como un requisito previo, en tanto en cuanto se puede considerar que las relaciones cercanas creadas por un contacto frecuente también son consideradas como suficientes. Así, las relaciones entre un niño y sus

---

67 STEDH (Sección 3ª), 5 marzo 2019, caso Bogonosovy contra Rusia (TEDH 2019, 27).

abuelos con quienes ha vivido durante un tiempo, normalmente son admitidas en esta categoría. Por lo que en el caso objeto de análisis y a la luz del art. 8 CEDH, cabe admitir que el abuelo se hizo cargo de su nieta durante cinco años, cuando se trasladó con su madre, a la edad de un año y ocho meses, dada la grave enfermedad de la misma que falleció, hasta que se mudó a vivir con sus futuros padres adoptivos.

En cualquier caso, hay que tener presente, como ya ha sido constatado que, la relación entre abuelos y nietos es de diferente naturaleza y grado a la relación entre padres e hijos y, por tanto, por su propia naturaleza exige por norma otro grado de protección<sup>68</sup>. La adopción termina la relación jurídica entre el niño y sus padres naturales y familia de origen y, por tanto, la obligación del CEDH de permitir el mantenimiento de los vínculos familiares debe cambiar necesariamente. La ausencia de contacto entre abuelos y nietos a la luz del art. 8 CEDH, si la ley nacional regula de forma clara el mantenimiento de la relación entre los mismos una vez producida la adopción, supone una violación del derecho de visita y, por tanto, una vulneración de la vida familiar.

Teniendo en cuenta nuestra actual regulación en el derecho español conforme a la Ley 26/2015, la cual ha sustituido el acogimiento preadoptivo por la guarda preadoptiva o guarda con fines de adopción, si se estima que concurre una imposibilidad definitiva de retorno se permite a la entidad pública constituir una guarda preadoptiva que será notificada a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Sentado lo cual, solamente en los casos de adopción abierta y salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la entidad pública procederá a la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva (art. 176 bis.2 CC). Al respecto cabe precisar que la referencia "salvo que convenga otra cosa al interés del menor", es habitualmente obviada tanto por parte de la Administración, como por la jurisprudencia menor. Ante estos casos, si la Administración acuerda la guarda preadoptiva determina de forma automática la suspensión del régimen de visitas, no atendiendo en la mayoría de las ocasiones al interés del menor.

En la adopción abierta queda en manos de la entidad pública y de la autoridad judicial determinar aquellos miembros de la familia de origen con los que el adoptado puede seguir manteniendo relaciones. Cabe apuntar que la reforma introducida en 2015 en sede de adopción abierta admite la guarda preadoptiva abierta lo que posibilita que adoptando y familia de origen mantengan relaciones,

68 STEDH 16 abril 2015, caso Mitovi contra República de Macedonia Antigua Yugoslavia (2015, 108224).

como expresamente lo admite el citado art. 176 bis.2 CC, cuando introduce la salvaguarda de lo establecido en el art. 178.4 CC<sup>69</sup>.

### 3. El derecho de los ascendientes a mantener “relaciones personales” con sus nietos en la jurisprudencia del TJUE: STJUE (Sala 1ª), 31 mayo 2018, caso Neil Valcheva contra Georgios Babanarakis.

La petición de decisión prejudicial es presentada ante el TJUE en el contexto de un litigio entre Neil Valcheva, residente en Bulgaria y su ex yerno Georgios Babanarakis<sup>70</sup>, residente en Grecia, en relación con el derecho de visita a su nieto, teniendo por objeto la interpretación del art. 1, apartado 2, letra a) y el art. 2, punto 10 del Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento n° 2201/2003), pues no está claro si se aplica exclusivamente al derecho de visita de los progenitores al menor, o puede ser también aplicado a la visita de otros miembros de la familia y, en particular, de los abuelos.

Ante el caso se determina que el Reglamento cuestionado no precisa si el concepto de “derecho de visita” definido en el punto 10, del art. 2, comprende el derecho de visita de los abuelos. El Tribunal estima que este concepto debe ser interpretado de “forma autónoma”, atendiendo a su tenor, a la estructura y a los objetivos del citado texto. En concreto, el derecho de visita se define de manera amplia, incluyendo en particular el derecho a trasladar al menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado. Reconoce, asimismo, que esta definición no establece limitación con respecto a las personas que pueden disfrutar de ese derecho de visita.

Para precisar si los abuelos se encuentran incluidos entre las personas a las que se refiere el concepto de derecho de visita es necesario tener en cuenta el ámbito de aplicación del Reglamento en cuestión. Así, en virtud del art. 1, apartado 1, letra b), este texto se aplica a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Analizado el concepto de derecho de visita del art. 1, apartado 2, letra a) y del art. 2, puntos 7 y 10 del Reglamento n° 2201/2003, cabe entender que incluye no solamente el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la patria potestad.

69 En este sentido, ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., p. 452.

70 STJUE (Sala 1ª), 31 mayo 2018, caso Neil Valcheva contra Georgios Babanarakis (TJCE 2018, I12).

En consecuencia, una pretensión de los abuelos dirigida a que se les conceda un derecho de visita a sus nietos está comprendida en el art. 1, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003. Asimismo, reconoce que la atribución de un derecho de visita a una persona distinta de los progenitores puede interferir en sus derechos y deberes, esto es, en el derecho de custodia del padre y el derecho de visita de la madre, como ocurre en el caso objeto de análisis<sup>71</sup>.

Interés del menor y proximidad familiar son las piezas claves que permiten el reconocimiento, en este caso, del derecho de visita a los abuelos, lo que supone, de igual forma, el reconocimiento del derecho que pueden tener otras personas a mantener relaciones personales con los menores, pues resultan importantes en la vida de los mismos con independencia de la existencia o no de los lazos de sangre que puedan mediar entre ellos<sup>72</sup>. Esta sentencia respalda y ratifica la línea seguida por parte de nuestro TS en materia de derecho de visitas de allegados o sujetos próximos.

#### IV. NUEVO ROL DE LOS ASCENDIENTES, NIETOS E INTERÉS DEL MENOR: A MODO DE CONCLUSIÓN.

El papel de los ascendientes en las relaciones familiares analizado a partir de la jurisprudencia emitida por parte del TS, AP, TEDH y TJUE permite vislumbrar su presencia en la vida de los nietos de hoy, a diferencia de lo que ocurría hace unos años. De igual forma, facilita una serie de principios y criterios que deben ser tenidos en cuenta por nuestros tribunales cuando se enfrentan a los conflictos en los que se cuestionan este tipo de relaciones personales.

El punto de partida a los efectos de reconocer la existencia, contenido y extensión de estas relaciones personales entre ascendientes y nietos es la determinación del interés concreto del menor cuya compañía se reclama. Esto requiere la realización de exámenes exhaustivos de las circunstancias que rodean el caso, llevando a cabo una valoración “equilibrada y razonada” de todos los intereses concurrentes en beneficio siempre del menor afectado por el conflicto. De la misma manera, la probada idoneidad de los ascendientes es primordial para permitirles el reconocimiento y mantenimiento de estas relaciones, en tanto en cuanto no es suficiente con demostrar que no existe una justa causa para otorgar el derecho de relación, sino que es necesario argumentar que la relación que se pretende establecer es beneficiosa para los nietos, atendiendo siempre al

71 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S./AMMERMAN YEBRA, J.: “El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003. Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, C-335/17: Christos Babanarakis”, *La Ley Unión Europea*, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024); FERNLUND, C.G.: “El concepto de derecho de visita incluye el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024).

72 DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup>. I.: “El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, p. 2679.

interés del menor. Esto exige a los tribunales que motiven de “forma razonada” sus resoluciones, lo que conlleva la inclusión o exclusión de los ascendientes de la vida de los nietos.

La existencia de relaciones personales entre abuelos y nietos es esencial para el desarrollo del menor, por lo que es necesario partir de un concepto amplio de “derecho de visita”. Este concepto no aparece circunscrito a los progenitores en exclusividad, sino que incorpora a los ascendientes, siempre que estas relaciones personales sean establecidas en interés del menor.

La existencia de “vida familiar” entre abuelos y nietos procede cuando existen “vínculos suficientemente estrechos entre ellos”, y no de cualquier modo. En consecuencia, un presupuesto para que sea posible la aplicación del art. 8 CEDH es la existencia de “lazos familiares” entre ascendientes y nietos. Por ello, la cohabitación no se erige en requisito previo, siendo suficientes las relaciones cercanas derivadas de un “contacto frecuente”.

De cualquier modo, juega un papel primordial la adopción de “medidas preparatorias” para establecer o restablecer, en su caso, las relaciones personales entre abuelos y nietos, ya que las mismas no pueden operar de forma automática, sin una fase previa de adaptación que permita lograr un buen resultado. Igualmente, resultan de vital importancia en los supuestos de “reagrupación o reintegración familiar”, pues bien es sabido que la automaticidad y la dilación en el tiempo no son buenas aliadas de las decisiones que en interés de los menores sean acogidas.

En esta nueva visión del derecho de los ascendientes a mantener relaciones personales con sus nietos, basada en la búsqueda del interés del menor concreto, ante la conflictividad que siempre subyace en este tipo de casos, es fundamental recurrir a los mecanismos de gestión extrajudicial de conflictos, pues no se debe olvidar que se trata de “conflictos familiares”. La mediación, los Puntos de Encuentro Familiar y el Coordinador de Parentalidad, se erigen en herramientas fundamentales para lograr un establecimiento o restablecimiento más sólido de las relaciones entre abuelos y nietos e, incluso, entre abuelos y progenitores.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S./AMMERMAN YEBRA, J.: "El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003. Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, c-335/17: Christos Babanarakis", *La Ley Unión Europea*, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024).

BARBA, V.: "Interés del menor vs derecho de los abuelos (Una sentencia de la Casación Italiana brinda la oportunidad de reflexionar sobre el contenido y la función del interés del menor)", *La Ley Derecho de Familia*, abril 2023, núm. 38, pp. 1-32 (Laleydigital, fecha de consulta 10/06/2024).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "¿Protección de menores "versus" protección de progenitores?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1999, Vol. III, p. 2 (BIB 2000/235).

BERROCAL LANZAROT, A. M.<sup>a</sup>: "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre", *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 2005, Vol. 6, p. 11-112.

- "El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1763-1764.

BUENO BIOT, Á.: "La incidencia de la justa causa en el derecho de relación de los abuelos y los nietos", *Actualidad Civil*, núm. 3, 2022, pp. 1-32 (Laleydigital, fecha de consulta 13/06/2024).

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El derecho de relación personal de los abuelos con los nietos. Reflexiones al hilo de la STS núm. 723/2013, de 14 de noviembre", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 195-211.

COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>: "El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2<sup>a</sup>, núm. 138/2014, de 8 de septiembre)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 39, pp. 113-185.

- "Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales", *Revista Doctrinal-Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, núm. 6, p. 4 (BIB 2011/1118).

DE la IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I.: “El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, p. 2679.

- “El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1729-1744.
- “Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, pp. 3029-3044.

DE la ROSA CORTINA, J. M.: “Las relaciones entre abuelos y nietos desde el Derecho de familia”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2020, núm. 90, p. 3, <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-90/10003-las-relaciones-entre-abuelos-y-nietos-desde-el-derecho-de-familia> (consulta realizada, 09/06/2024).

DE la TORRE LASO, J.: “¿Es suficiente con ser abuelo para tener derecho a un régimen de visitas? Comentarios al Auto del Tribunal Supremo 6029/2020 de fecha 29/07/2020”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, p. 2.

DE TORRES PEREA, J.M.: “El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores”, *Diario la Ley*, 2019, núm. 9538, pp. 1-6.

DE VERDA y BEAMONTE, J. R.: “Relaciones personales entre abuelos y nietos: sobre la justa causa del art. 160.2 CC. Comentario a las SSTs núm. 581/2019, de 5 de noviembre y núm. 638/2019, de 25 de noviembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2020, núm. 30, PP. 692-801.

DÍAZ ALABART, S.: “El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 C.c.)”, *Revista de Derecho Privado*, 2003, núm. 87, pp. 345-371.

DÍEZ-PICAZO y PONCE de LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 2008, p. 43.

FERNLUND, C.G.: “El concepto de derecho de visita incluye el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio 2018, núm. 61 <https://www.smarteca.es> (fecha de consulta, 18/05/2024).

GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 132-134.



GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 13, pp. 14-49.

GRACIA IBÁÑEZ, J.: “El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica”, *REDUR*, diciembre 2012, núm. 10, 105-122.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “El derecho de los nietos a mantener relaciones con sus abuelos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011”, *Revista de Derecho de Familia*, 2012, núm. 56, pp. 47 y 48.

- “El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”, en AA.VV.: *Comentarios sobre las Leyes de Reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* (coord. V. CABEDO MALLOL, I. RAVETLLAT BALLESTÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 120.

HERRERO OVIEDO, M.: “Comentario artículo 161 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1305-1309.

MÉNDEZ LÓPEZ, T.: Las relaciones personales nietos y abuelos. Tesis doctoral, Universidad de las Islas Baleares, 2014, 320 pp., <https://dialnet.unirioja.es/> (fecha de consulta, 05/05/2024).

MONTES RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> P.: “El Derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003”, *Revista Boliviana de Derecho*, julio 2024, núm. 18, 578-589.

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 313.

PÉREZ CABALLERO, M.<sup>a</sup> L./ACEVEDO BERMEJO, A./MUÑOZ VICENTE, J. M.: “Los conflictos parentales como origen de las dificultades en las relaciones abuelos-nietos: abordaje mediacional y jurídico forense”, *Revista de Mediación*, año 5, 2012, núm. 9, p. 16.

PÉREZ CONESA, M.<sup>a</sup> C.: “Derecho de los menores a ser oídos. Régimen de visitas entre abuelos y nietos (STS de 15 de enero de 2018)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2018, núm. 4, pp. 1-5 (BIB 2018/7483).

RIBOT IGUALADA, J.: “El derecho de relación de los abuelos: una relectura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 785, 2021, pp. 1744-1764.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas”, en AA.VV.: Nuevos retos del derecho de familia: materiales de las decimoterceras jornadas de Derecho catalán en Tosa, Universidad de Gerona, 2005, pp. 275-332.

- “La protección del derecho de visita por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dimensión Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2006, núm. 2, p. 346.

- *El interés del menor*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 75 y 107.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección de la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 101.

SANTAMARÍA LAMBÁS, F.: “El derecho a las relaciones personales abuelos-nietos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre los años 2016-2020”, *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2022, núm. 39, p. 2, <https://doi.org/10.6018/analesderecho.474971> (fecha de consulta, 19/05/2024).

SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario artículo 163 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 806-810.

TUR FAÚNDEZ, M. N.: “El actual papel de los abuelos en las familias, en especial, las relaciones de los abuelos con los nietos a la luz del Derecho civil”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa* (coord. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA, J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1601-1617.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario artículo 160 CC”, en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters, Madrid, 2016, p.795.



APUNTES SOBRE EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN  
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO E  
INTERNACIONAL

*NOTES ABOUT THE DISTRIBUTION CONTRACT FROM THE  
PERSPECTIVE OF COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 652-687*



Javier  
BADENAS  
BOLDÓ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el estudio de la distribución internacional desde diversas perspectivas. En primer lugar, se realiza una breve aproximación acerca de la importancia que tiene la distribución en el mundo globalizado en el que nos encontramos. En segundo lugar, se lleva a cabo un estudio comparado del contrato de distribución en los sistemas jurídicos italiano, alemán y francés. Y, por último, se desarrollan ciertas cuestiones generales relativas al contrato de distribución internacional.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato de distribución; distribución internacional; restricciones verticales; autonomía de la voluntad; cláusulas contractuales.

**ABSTRACT:** *This study aims to approach the study of international distribution from different perspectives. Firstly, a brief overview is given of the importance of distribution in the globalised world in which we find ourselves. Secondly, a comparative study of the distribution contract in the Italian, German and French legal systems is carried out. Finally, certain general questions relating to the international distribution contract are developed.*

**KEY WORDS:** *Distribution contract; international distribution; vertical restrictions; freedom of contract; contractual clauses.*

**SUMARIO.-** I. LA IMPORTANCIA DE LA DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL.- II. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO, ALEMÁN Y FRANCÉS.- I. La regulación de los contratos de distribución en el Derecho italiano.- 2. La distribución comercial en el Derecho alemán.- A) *La categoría del contrato de distribución.*- B) *La regulación del contrato de distribución en el Derecho alemán.*- a) *Definición de Wirtschaftsordnungsrecht.*- b) *Autonomía contractual en la distribución comercial.*- c) *Normativa aplicable.*- C) *Aplicación del Derecho de Contratos.*- a) Los contratos de distribución recogidos en el Código de Comercio.- b) Contratos de distribución atípicos.- c) Problemática en relación con los contratos de distribución.- 3. La regulación de los contratos de distribución en el Derecho francés.- A) *Normativa aplicable.*- a) Las restricciones verticales en Francia.- b) Enfoque normativo para la evaluación.- B) *Protección de los distribuidores.*- III. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL.- I. Cuestiones generales relativas al contrato de distribución internacional.- A) *Funciones del distribuidor.*- B) *Cláusulas del contrato.*- C) *Ley y fuero aplicable.*- D) *Legislación internacional.*- IV. CONCLUSIONES FINALES.

## I. IMPORTANCIA DE LA DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL.

La distribución internacional es un componente fundamental en la economía globalizada de hoy en día. A medida que las empresas buscan expandirse más allá de sus fronteras nacionales, la importancia de una distribución internacional eficiente se vuelve evidente. En el presente trabajo exploraremos los motivos por los cuales la distribución internacional es esencial y cómo influye en la economía global, las empresas y los consumidores, así como la regulación del contrato de distribución en determinados ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Hay que destacar, en primer lugar, que la distribución internacional desempeña un papel crucial en el acceso a los mercados globales, dado que permite que las empresas alcancen a consumidores en todo el mundo, lo que a su vez puede impulsar el crecimiento económico tanto a nivel nacional como internacional. Las empresas pueden aprovechar las ventajas de la especialización y la economía de escala al producir bienes y servicios en un lugar y venderlos en otro. Esto puede conducir a una mayor eficiencia y competitividad, lo que es esencial en un mundo donde la competencia es cada vez más feroz<sup>1</sup>.

Además, la distribución internacional contribuye significativamente a la diversificación de las fuentes de ingresos. En un entorno empresarial en constante cambio, depender únicamente del mercado nacional puede ser arriesgado. En consecuencia, la expansión a través de la distribución internacional permite a las empresas mitigar los riesgos asociados con las fluctuaciones económicas o políticas

<sup>1</sup> Vid. ESPINELLA MENÉNDEZ, Á.: *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 20 y ss.

• **Javier Badenas Boldó**

Profesor Asociado del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Jaume I.  
Correo electrónico: badenasj@uji.es

en un solo mercado. Por ello, al tener presencia en múltiples países, las empresas pueden diversificar sus ingresos y reducir su vulnerabilidad a crisis económicas regionales.

Desde otra perspectiva hay que tener en cuenta, asimismo, que la distribución internacional fomenta la transferencia de tecnología y conocimiento. Cuando las empresas se expanden a nivel internacional, no solo llevan sus productos al extranjero, sino también sus procesos y métodos de trabajo, lo que implica transferencia de conocimientos y habilidades a nivel global.

Por último, merece destacarse que la distribución internacional también promueve la competencia y la innovación. Las empresas compiten en mercados globales y, en base a ello, se ven motivadas a mejorar constantemente sus productos y servicios, reducir costos y adaptarse a las preferencias cambiantes de los consumidores. Esto beneficia a los consumidores al ofrecerles una mayor variedad de productos y servicios de mayor calidad, a menudo a precios más competitivos.

En resumen, la distribución internacional es un motor fundamental en la economía globalizada. Como hemos visto, entre otros logros, facilita el acceso a mercados globales, promueve la transferencia de tecnología y conocimiento, y estimula la competencia e innovación. Como resultado, desempeña un papel esencial en el crecimiento económico y el desarrollo a nivel mundial.

En ese contexto internacional, nos encontramos con países como Italia, Alemania y Francia con economías altamente desarrolladas y con mercados maduros y exigentes. Estos países tienen normativas que pueden aplicarse a los contratos de distribución. Por lo tanto, el estudio detallado de los distintos regímenes jurídicos aplicables a estos contratos es importante, ya que además los tres países forman parte de la Unión Europea, al igual que España lo que implica que muchas de las normas aplicables a dichos contratos están armonizadas.

## II. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ITALIANO, ALEMÁN Y FRANCÉS.

### I. La regulación de los contratos de distribución en el Derecho italiano.

La legislación italiana abarca los contratos de distribución comercial, que regulan la distribución y comercialización de bienes y servicios en el mercado<sup>2</sup>. Estos contratos involucran la fase de producción y la colocación en el usuario final,

2 Vid. PARDOLESI, R.: *I contratti di distribuzione*, Giuffrè, Nápoles, 1979, p. 2. El autor conceptualiza los contratos de distribución como "l'única ragionevole certezza è che ci si vuole riferire ad ipotesi in qualche modo attinenti al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che colmano le distanze tra produzione e consumo".

con la participación de diversos profesionales especializados. Se enfocan en la organización estructural del proceso de distribución<sup>3</sup>.

Los contratos de distribución en Italia incluyen tanto los típicos (agencia, mediación, administración, comisión y franquicia) como los atípicos (concesión de venta). La creciente importancia de estos contratos se debe a la expansión de los mercados, la transición de lo nacional a lo supranacional, la industrialización de masas, la competencia y la evolución de las preferencias del público<sup>4</sup>. Los empresarios se enfrentan al desafío de garantizar la distribución de productos en mercados distantes y a menudo ajenos a su sede. Esto ha llevado a la necesidad de estructuras organizativas periféricas para acercar la producción al consumo. En el contexto de la producción de bienes duraderos o de alta tecnología, los contratos de distribución también se centran en brindar servicio postventa<sup>5</sup>.

En resumen, los contratos de distribución en Italia han evolucionado para abordar la distribución en mercados amplios y competitivos<sup>6</sup>, lo que ha dado lugar a nuevas categorías de contratos de distribución<sup>7</sup>.

De igual manera que en Derecho español, en el Derecho italiano encontramos, dentro del contexto de la organización del proceso de distribución, la distinción entre distribución directa e indirecta. La primera se produce cuando es el propio productor quien desempeña el papel de distribuidor, ya que la mercancía pasa inmediatamente a manos del consumidor final, y porque éste asume todas las funciones relativas a la comercialización del producto. En este caso, el productor, realizando una integración de tipo vertical, hace uso de sujetos pertenecientes a su propia estructura en su calidad ya de empleados, como por ejemplo sus propios vendedores, o como auxiliares independientes, entre los que entran en especial énfasis: agentes, corredores y comisionistas. Por otro lado, la distribución indirecta tiene lugar cuando el productor, concentrando toda su atención en mejorar la capacidad y eficiencia productiva de la empresa, renuncia a establecer su propia organización de distribución y con ello ejerce también el control sobre las diversas etapas de la comercialización de los bienes producidos por él<sup>8</sup>.

---

3 PARDOLESI, R.: *I contratti*, cit. p. 11.

4 Vid. CONTI, A.: *il contratto di agenzia, profili civilistici previdenziali ed internazionali*, KEY, Milán, 2016.

5 ZUDDAS, G.: *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato Diritto Commerciale*, G. Guiappichelli Editore, Turin, 2003, pp.89 y ss.

6 PARDOLESI, R.: *I contratti*, cit. p. 10.

7 El autor, VILLANACCI, G.: *I contratti della distribuzione commerciale*, UTET, Turín, 2010, p. 1, llega la conclusión de que, hemos asistido a una transfusión al ámbito jurídico de las cláusulas de negociación que se han instalado en la realidad socioeconómica como consecuencia del cambio de las necesidades comerciales que sienten las empresas industriales.

8 PARDOLESI, R.: *I contratti*, cit., p. 13.



Esta última tarea la llevarán a cabo, por tanto, una serie de operadores comerciales autónomos, que afectarán al mercado a distintos niveles, como los mayoristas y los minoristas. La distribución indirecta, a su vez, se subdivide en integrada y no integrada, según exista o no una forma de coordinación, más o menos intensa, entre la fase de producción y la de distribución, sin perjuicio, en todo caso, de la autonomía mutua de los socios<sup>9</sup>. En el caso de una forma integrada de distribución indirecta, el distribuidor no sólo asumirá los costes y riesgos asociados a la comercialización de los productos, sino que también se integrará en la política y, sobre todo, en la organización comercial del fabricante<sup>10</sup>.

Evidentemente, como contrapartida a las cargas asumidas en la comercialización de los productos y a los límites aceptados en el ejercicio de la actividad comercial, el distribuidor integrado obtiene del fabricante una posición de privilegio que puede revestir diversas formas y que, en general, consistirá en la concesión de la venta en exclusiva para una zona determinada<sup>11</sup>. Asimismo, mediante la aplicación de esta "integración vertical convencional"<sup>12</sup>, el productor tiende a organizar su canal de distribución estableciendo relaciones privilegiadas con mayoristas y minoristas que, aunque actúan por su cuenta y riesgo, aceptan acuerdos especiales que, por un lado, le garantizan un mercado fijo para su producción y, por otro, le permiten "planificar mejor las ventas y otras actividades de comercialización"<sup>13</sup>. En este contexto, el fenómeno de la segmentación del proceso productivo, denominado *outsourcing*, realizada a través de la cooperación entre diferentes empresas, no se realizaría sobre la base de contratos de intercambio, sino que se establecería a través de "contratos de colaboración más o menos estrecha" sin, por tanto, "comprometer la autonomía recíproca de los sujetos"<sup>14</sup>.

Por último, la integración puede subdividirse en horizontal o vertical, en función de que, respectivamente, los sujetos que pertenecen a una misma categoría. No cabe duda de que bajo la denominación de contratos de distribución comercial debe incluirse toda una serie de acuerdos matizados que permiten, en cierta medida, la coordinación de la fase de producción con la fase de distribución, sin anular por ello la autonomía de los socios, se discute, en cambio, la determinación del alcance de esta categoría. De hecho, como se ha observado, sigue habiendo una

9 PARDOLESI, R.: *I contratti*, cit., p. 14.

10 VILLANACCI, G.: *I contratti della distribuzione commerciale*, cit., p. 3.

11 Para ZUDDAS, G.: *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, cit., p. 172, La integración también puede relacionarse con diferentes niveles que permiten la articulación de varios esquemas: a) entre una empresa industrial y empresas minoristas; b) entre una empresa industrial y empresas mayoristas; c) entre una empresa mayorista y empresas minoristas; d) entre una empresa minorista y otras empresas minoristas más pequeñas; e) entre una empresa de comercio exterior y otras empresas mayoristas más pequeñas; f) entre una organización comercial asociada y empresas comerciales asociadas.

12 PARDOLESI, R.: *I contratti*, cit., p. 15.

13 SANTINI, G.: *Commercio e servizi*, Il Mulino, Milán, 1988, p. 160.

14 CASSANO, G.: *I contratti di distribuzione, agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising, figure classiche e new economy*, Giuffrè, Milán, 2006, p.8.

marcada disparidad de opiniones en cuanto al significado y el peso específico que debe darse a esta expresión<sup>15</sup>. Desde un punto de vista amplio, la categoría abarca todos los contratos y figuras mediante los cuales un bien recorre el camino más o menos largo desde el productor hasta el consumidor<sup>16</sup>. Desde una perspectiva más concreta, la categoría incluye los contratos que convierten al socio posterior en un distribuidor integrado en la red de distribución del productor<sup>17</sup>.

Siguiendo el planteamiento de quienes utilizan el término en sentido amplio, la categoría de contratos de distribución comercial debería incluir todas las relaciones por las que los intermediarios profesionales colaboran de forma estable y continuada con la industria, constituyendo el vínculo entre el productor y el consumidor<sup>18</sup>. Las características comunes de estos acuerdos (además de la colaboración antes mencionada) se identifican en la concesión de una zona asignada en exclusiva; en la duración del contrato por un periodo de tiempo determinado; en la previsión de un plazo de preaviso cuando la relación es de duración indefinida y, por último, en la indemnización debida al distribuidor por los clientes llevados al productor y perdidos por el primero como consecuencia de la finalización de la relación<sup>19</sup>.

Según este criterio, la agencia, la comisión, el corretaje, la concesión de venta y la franquicia se consideran contratos de distribución en el Derecho italiano. Debido a la coincidencia de elementos, estos contratos constituyen una materia jurídica propia que requiere un marco general y unitario ofrecido por principios comunes que permiten una aplicación analógica, a una de estas relaciones, de las disposiciones que regulan otras<sup>20</sup>.

En cambio, según otro enfoque, la categoría en cuestión se reconstruye distinguiendo entre contratos de distribución y contratos en materia de distribución<sup>21</sup>. En el complicado campo de los contratos en materia de distribución se incluyen los casos negociados relativos a la comercialización de productos que no implican ninguna forma de integración entre las partes, que asumen por sí solas los riesgos en las distintas fases del proceso de distribución. Esta categoría incluye la mediación, la comisión y la agencia.

15 PARDOLESI, R.: *I contratti*, cit., p. 14.

16 PARDOLESI, R.: *Distribuzione (Contratti di) in Digesto commerciale*, UTET, Turín, 1990, p. 66.

17 PARDOLESI, R.: *Distribuzione*, cit., p. 67.

18 FRIGNANI, A.: *Il franchising*, UTET, Turín, 1990, p.76.

19 BALDI, R.: *I Contratti di distribuzione*, in *Gur. Sist. Dir. Civ. E comm.*, UTET, Turín, 1998, p. 963. En el mismo sentido véase, BALDASSARI, A.: *Il contratto di Agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*, CEDAM, Padua, 1989, p. 9.

20 BALDI, R.: *I Contratti di distribuzione*, cit., pp. 22 y 83.

21 BASTIANON, S.: *Distribuzione selettiva e distribuzione esclusiva*, in *Cendon (a cura di), I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, UTET, Turín, 2004, p.246.

En cuanto a la categoría más estricta de contratos de distribución, incluye las hipótesis de negociación en las que los comerciantes que asumen el riesgo de distribución que coordinan, al menos en parte, su actividad a las necesidades de comercialización de la otra parte, ya sea un fabricante u otro operador comercial. Con la especificación adicional de que, dichos operadores han enajenado contractualmente una fracción de su propio poder de decisión con respecto a la forma de gestión de la empresa, se les ofrecen oportunidades de ganancia suficientes para compensar las desventajas derivadas de la renuncia a la plena independencia de gestión. A esta oportunidad de ingresos se vinculan a la comercialización de los bienes o servicios que les proporciona el productor, cuya consecución requiere la celebración de contratos individuales para la compra, en condiciones predeterminadas, de los productos de reventa<sup>22</sup>.

Estas relaciones se caracterizan por los siguientes elementos: el actuar del intermediario en nombre y por cuenta propia, en la obligación de promover la venta de los productos, en la continuidad y estabilidad en el tiempo de la relación y en la dependencia económica del distribuidor<sup>23</sup>. Pertenecen a esta categoría la venta en exclusiva, la concesión de venta y la franquicia, es decir, aquellas figuras de negociación con las que se realiza (aunque con intensidad diferente) la integración económica entre las partes contratantes.

Por lo que se refiere, en cambio, a la teoría que diferencia los contratos en materia de distribución de los contratos de distribución (basada principalmente en el criterio de la integración entre las partes), parece que se pasa por alto la necesidad de definir un sustrato normativo de carácter general aplicable al fenómeno global de la distribución, entendida esta última como pluralidad de contratos que comparten la misma finalidad socio-económica, siendo esta, la de acompañar el producto hacia los consumidores finales, facilitando su comercialización<sup>24</sup>. En contestación a estas reflexiones, y manifestado su oposición, gran parte de la doctrina italiana<sup>25</sup> ha advertido la necesidad de identificar una parte normativa general de los contratos de distribución, dentro de cuya categoría unificada de distribución entre los distintos colaboradores debe hacerse teniendo en cuenta las diferentes formas a través de las cuales se realiza la integración vertical<sup>26</sup>.

22 ZUDDAS, G.: *Somministrazione*, cit., p. 173.

23 CASSANO, G.: *I contratti di distribuzione, agenzia, mediazione, promozione finanziaria*, cit., p. 12.

24 PERLINGERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, p.612.

25 SANTINI, G.: *Commercio e servizi*, cit., pp. 150 y ss.

26 Para BACCHINI, F.: *Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising*, CENDAM, Padua, 1999, p. 13. Los contratos de distribución -que junto con los tipos ortodoxos, como la agencia, la comisión, la demanda y la mediación, forman el grupo de los contratos de distribución- presentan, en su conjunto, contornos claros y suficientemente homogéneos, mientras que cualquier intento de extraer de ellos cifras autónomas parece condenado al fracaso.

De este modo se podrán distinguir entre contratos de distribución integrada, no integrada y directa. Hay que indicar, sin embargo, que la aplicación de la normativa general a los casos individuales, más que depender de las calificaciones de orden sistemático, deberá más bien ser funcional, teniendo en cuenta los particulares intereses perseguidos por las partes.

Por esta razón, las normas que parecen propias de los contratos de distribución integrada podrán aplicarse también a los contratos de distribución no integrada o directa y viceversa, cuando sean compatibles con las exigencias que se planteen en el intercambio económico y comercial organizado por los particulares. En efecto, la validez de esta extensión parece derivarse directamente de la misma normativa *antitrust* en la que asume un papel cada vez más importante el carácter transversal de la regulación de los acuerdos verticales, en los que entran los acuerdos de distribución comercial.

Prueba de ello son tanto los anteriores Reglamento 2790/1999 y Reglamento 330/2010 y el actual Reglamento 720/2022 (RECAV 2022), relativos a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, todos ellos concebidos para establecer un sistema de normas uniformes para todos los acuerdos de negociación de integración vertical, independientemente del *nomen iuris* o del tipo de bienes o servicios objeto de los contratos<sup>27</sup>. Se ha constatado, por lo tanto, que el intento de la doctrina de elaborar una categoría jurídica de los contratos de distribución para llegar a un proceso unitario de calificación e identificación de las normas aplicables a los mismos ha resultado sustancialmente factible a efectos de la aplicación de la normativa europea.

En efecto, como se ha señalado anteriormente, las supuestas diferencias entre dichos contratos son únicamente de carácter cuantitativo y no se refieren a perfiles morfológicos<sup>28</sup>. Por consiguiente, sólo puede aceptarse un criterio de distinción en ese contexto, el basado en el grado de integración del distribuidor en la actividad del productor. De ahí la “creación” de una escala que, partiendo de figuras contractuales caracterizadas por una mínima implicación, alcanza un grado de cooperación tan elevado como para generar la impresión, en terceros, de estar tratando con una única realidad empresarial. Mientras que, en las relaciones internas entre las partes, el distribuidor sigue asumiendo el riesgo empresarial que subyace a la comercialización del producto. Así pues, existe una clara disociación entre el riesgo empresarial y la gestión, ya que, en términos de riesgo empresarial, la producción y la distribución están separadas, mientras que, en términos de

27 IMBRENDA, M.: *I contratti di distribuzione*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, in *Tratt. Contratti Rescigno-Gabrielli*, UTET, Turin, 2011, p. 658.

28 SEGA, D.: *Franchising e concessione di vendita a confronto*, Archivio Civile, 2001, p.3.

gestión, las fases de producción y distribución tienden a aparecer como elementos dentro de la misma realidad<sup>29</sup>.

Por lo que respecta al paso de un extremo a otro entre las distintas formas de integración, la doctrina italiana ha subrayado que se produce a la manera de un “*continuum* sin escándalos dramáticos”<sup>30</sup> y no “por saltos bruscos de calidad”<sup>31</sup>. Más concretamente, constituye el resultado de una constante elaboración de cláusulas por parte de los contratantes, destinadas a regular -en virtud del principio de autonomía privada del artículo 1322 *Codice Civile*- un núcleo siempre presente en los contratos de distribución y relativo a la regulación del suministro de productos y las modalidades de venta.

En concreto, serán el poder económico y las ventajas previstas de las partes las que les induzcan a insertar cláusulas particulares en el cuerpo del contrato, idóneas para desplazar el centro de gravedad de las formas de colaboración moderada a una integración cada vez más estrecha de la actividad del distribuidor con la de la empresa fabricante. Y ello hasta llegar a una verdadera “expropiación” del poder de los primeros a quienes se les quita, a cambio del pago de una comisión, primero la libertad de acordar precios y cantidades, luego la de actuar en competencia, la de establecer su propia política de mercado, y la más marcada libertad de actuar con sus propios signos distintivos y de organizar su propia empresa. Sobre la base de esta escala ideal de integración creciente, identificamos, por orden, la administración, la agencia, la comisión, la concesión de venta y, finalmente, la franquicia<sup>32</sup>. En cuanto al suministro, su ubicación al principio de esta clasificación puramente convencional se justifica por la consideración de que, frente a la mera venta ocasional, la principal diferencia se encuentra en su causa unitaria, caracterizada por el compromiso asumido por el proveedor de satisfacer una necesidad reiterada del mismo, generalmente de carácter duradero, mediante el suministro continuado de bienes.

Si a la continuidad de la relación le añadimos el elemento de la exclusividad, surge la figura del agente, es decir, de un intermediario destinado a utilizar todos sus recursos para promover la conclusión de los negocios en interés del productor, cuya consiguiente posición de desequilibrio económico frente a éste tiende a ser idéntica a la que caracteriza la relación entre el trabajador y el empresario. En este nivel se encuentra también el comisionista, cuya característica más destacada no es tanto la continuidad de la cesión -pues se trata de un caso de negociación que puede configurarse como ocasional- sino la existencia de la obligación de transferir

29 GALGANO, F.: *Diritto privato*, CEDAM, Padua, 2006, p.547.

30 PARDOLESI, R.: *Distribuzione*, cit., p.101.

31 SEGA, D.: *Franchising*, cit., p. 3.

32 PARDOLESI, R.: *Distribuzione*, cit., p. 4.

al empresario-cliente lo que ha recibido de terceros como consecuencia de la actividad desarrollada en su propio nombre, pero en interés del primero.

El grado de integración aumenta cuando, junto a los requisitos de continuidad y exclusividad, se establecen acuerdos que no solo obligan al distribuidor a comprar las mercancías a la empresa productora, sino también a promover la comercialización según modalidades que le son indicadas por la misma. Este contenido obligacional es el que generalmente se acuerda con ocasión de la celebración del contrato de concesión de venta, aunque difiere en sus múltiples variantes<sup>33</sup>.

Por último, el máximo grado de integración económica se alcanza con el contrato de franquicia caracterizado por la concesión por parte del productor del derecho a revender los productos con sus propios signos distintivos a través del conjunto de las empresas de los distribuidores, a cargo de los cuales quedan tanto el riesgo económico como los costes de gestión de la empresa<sup>34</sup>. En este caso, la intensidad del vínculo es tan fuerte que el distribuidor pierde su individualidad desde el punto de vista del consumidor y acaba por ser contemplado por éste como una mera filial del productor.

En resumen, como hemos analizado, el Derecho italiano presenta grandes similitudes con el Derecho español en lo que a los contratos de distribución se refiere. A saber, en Italia, al igual que en España, los contratos de distribución son considerados atípicos. Es por ello que, en virtud de dicha "atipicidad", las partes pueden regular libremente dicho contrato, respetando cuanto dispuesto por el Código Civil italiano en cuanto se refiere a la regulación general de los contratos.

## 2. La distribución comercial en el Derecho alemán.

Los contratos de distribución no han sido objeto de codificación en el Derecho alemán<sup>35</sup>. Por ello, para su estudio hay que atender a dos puntos de partida diferentes, por un lado, la dimensión de clasificación de los contratos de distribución, y, por otro lado, la dimensión de codificación específica<sup>36</sup>.

33 ZUDDAS, G.: *Somministrazione*, cit., p. 174.

34 SANTI NI, G.: *Commercio*, cit., p. 178.

35 Esta incoherencia es puesta de relieve por MÜLLER-GRAF, P.C.: "Los contratos de distribución en Europa", en AA.VV.: *La reforma de los contratos de Distribución Comercial* (dir. J. VIERA GONZÁLEZ, J.A. ECHEBARRIA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS), La Ley, Madrid 2013, p.113. según este autor eso se debe "a que se parte de una percepción de la distribución como un concepto económico y político lo que consecuentemente lleva a las preguntas fundamentales sobre la legislación de mercado aplicable y la legislación contractual aplicable". Por ello en un análisis de estos contratos debe considerarse en su opinión bajo tres parámetros, en primer lugar la necesidad de definir los puntos de partida económico y legal, en segundo lugar, la necesidad de considerar las implicaciones de la legislación de mercado y, en tercer lugar, la necesidad de identificar la legislación alemana de contratos aplicable y sus cuestiones inherentes por lo que respecta a obligaciones de informaciones precontractuales, información frente a términos justos y condiciones generales e indemnizaciones en caso de extinción del contrato.

36 MÜLLER-GRAF, P.C.: "Los contratos de distribución", cit., p. 144.

A) *La categoría de contrato de distribución.*

En cuanto a la categoría del contrato de distribución, el término “distribución” es un concepto económico y político, pero no representa una categoría jurídica específica en el Derecho alemán<sup>37</sup>. Como hemos apuntado anteriormente al hablar del Derecho italiano, se puede analizar la función de la distribución desde diferentes ángulos. Desde la perspectiva empresarial, la distribución, tal como la entendemos, es uno de los dos elementos básicos para el éxito de la empresa. Paralelamente, otro elemento básico a tener en cuenta, es la capacidad de producir bienes o prestar servicios que satisfagan la demanda o como mínimo encontrar clientes que estén dispuestos a pagar por ellos. Asimismo, desde la óptica económica, una distribución eficiente es fundamental para promover el crecimiento macroeconómico, y desde la óptica política, es un elemento vital para responder a demandas básicas de la población y para la promoción de la economía y el bien común<sup>38</sup>.

B) *La regulación del contrato de distribución en el Derecho alemán.*

Debemos empezar por analizar el concepto de “distribución” y su encaje en el Derecho alemán. Las características económicas y políticas básicas de la “distribución” no se ajustan a la verdadera codificación de los “contratos de distribución” en la legislación contractual, mercantil o de mercado. En consecuencia, en alemán, el término *Vertriebsvertrag* se traduce como “contrato de distribución” al castellano, pero no es un tipo de contrato definido en un código normativo, aunque el Código Civil alemán (BGB) prevé formas de distribución diferentes y más específicas, como los contratos de venta a domicilio (sección 312b y ss. BGB)<sup>39</sup> y contratos de venta a distancia entre una empresa y un consumidor, además de contratos pactados de forma electrónica (sección 312g BGB)<sup>40</sup>.

Los contratos destinados a distribuir o suministrar productos o servicios están contemplados por el ordenamiento jurídico alemán en las normas generales de Derecho contractual, Derecho mercantil y Derecho de mercado. Asimismo, la legislación de la UE tiene relevancia y es directamente aplicable, concretamente en los casos de conservación de las libertades básicas expresadas en los arts. 28 y ss. del TFUE, y asimismo la normativa en materia de competencia, que se aplica sólo a aquellos contratos de distribución con dimensiones transaccionales que pueden restringir la libertad económica o afectar el comercio entre los estados miembros. Habida cuenta de la ausencia de texto normativo específico de los contratos de

37 MARTINEK, M. y SEMLER, F.J.: *Handbuch des Vertriebsrechts*. Beck, Múnich, 1997, pp. 112 y ss.

38 MÜLLER-GRAF, P.C.: “Los Contratos de Distribución”, cit., pp.114 y ss.

39 Para un análisis en profundidad. Vid. EIRANOVA ENCINAS, y E., COESTER-WALTJEN, D.: *Código civil alemán comentado: BGB*, Marcial Pons, 1998.

40 MARTINEK, M. y SEMLER, F.J.: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., pp. 112 y ss.

distribución en el país germano, podemos decir que las reglas del Derecho de mercado o *Wirtschaftsordnungsrecht* rigen los contratos que tienen como objeto la distribución o suministro de bienes o servicios en Alemania.

a) Definición de *Wirtschaftsordnungsrecht*.

Las regulaciones legalmente vinculantes del orden económico alemán se basan tanto en el Derecho alemán como en el comunitario. Respecto al Derecho europeo, el art. 119 TFUE determina que las actividades de los estados miembros se deben incluir la adopción de políticas económicas implementadas de acuerdo con los principios de libre competencia en una economía de mercado. En lo que respecta al Derecho Constitucional alemán, la protección microeconómica de los derechos fundamentales provoca efectos macroeconómicos de una economía de mercado de libre competencia<sup>41</sup>.

b) Autonomía contractual en la distribución comercial.

En el Derecho alemán, la distribución de bienes y servicios se basa en el libre desarrollo mercado y por tanto de la oferta y de la demanda, o de manera similar, en la iniciativa privada y autonomía del sector privado sin intervención pública, con la excepción de los servicios de interés general (art. 106.2 TFUE). En el ámbito de la libertad contractual, han surgido en el país germano diferentes modelos y perfiles de mecanismos de distribución, tales como: contratos de agentes comerciales (*Handelsvertreter*)<sup>42</sup>, contratos de minoristas comerciales (*Vertragshändlervertrag*)<sup>43</sup>, contratos de comisión (*Kommissions-geschäft*), contratos a plazos (*Abzahlungsgeschäfte*), franquicias, *leasing*, *merchandising*, *factoring*, etc.

c) Normativa aplicable.

Dada la importancia de la autonomía privada en la distribución, las normas de Derecho imperativo tienen aquí un papel limitado.

En primer lugar, tanto en la legislación alemana como en otras comunitarias, el sistema de distribución se coordina horizontal o verticalmente con otras empresas, entrando de estando sujeta a la normativa sobre competencia y prohibición de abuso de posición de dominio en el mercado (secc. I y I9 GWB y, arts. 101 y ss. TFUE).

41 BÖCKENFÖRDE, E. W.: "¿Como se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales?", en AA.VV.: *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público* (coord. F. FERNÁNDEZ SEGADO), Dykinson, 2018, pp. 415-432.

42 STEINHÄUER, M.: "Der Handelsvertretervertrag in der umwandlungsrechtlichen Praxis", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010, Vol.31(28), pp.1330-1334.

43 ENSTHALER, J.: "Kündigung von Vertragshändlerverträgen unter abgekürzter Frist (Strukturkündigung)", *Neue juristische Wochenschrift*, 2007, pp.815-816.



En segundo lugar, si en distribución se han llevado a cabo actos de competencia desleal para obtener una mayor participación en el mercado, otros participantes del mercado pueden actuar ante los tribunales en virtud de la Ley contra Competencia Desleal (UWG). Por otro lado, el proveedor tiene un deber de información precontractual frente al distribuidor, que ha sido puesto de relieve por los tribunales alemanes, especialmente en los contratos de franquicia donde el franquiciador está obligado a exponer los riesgos que pueden conducir al fracaso de la empresa.<sup>44</sup> Finalmente, si se rescinde el contrato entre el proveedor y el distribuidor, la norma alemana puede obligar a compensar la contribución del distribuidor para aumentar la participación de mercado del principal, algo que es obligatorio en el caso de indemnización por clientela, en el caso del contrato de agencia, al igual que ocurre en la Ley de Contrato de Agencia española.

### C) *Aplicación del Derecho de Contratos.*

Como se ha mencionado, es muy importante determinar individualmente las normas aplicables para cada contrato de distribución de acuerdo con el contenido específico de derechos y obligaciones acordados por las partes. En este sentido, puede haber tres situaciones legales distintas. La primera, si se concibe el contrato de distribución ajustándolo a un determinado tipo de contrato regulado. La segunda, el supuesto en el que el contrato no se ajusta a ninguna fórmula regulada, y, la tercera, aquella en la que los conflictos y problemas no tienen nada que ver con un tipo de contrato en particular, pero por su naturaleza, pueden aparecer en cualquier tipo de contrato<sup>45</sup>.

#### a) Los contratos de distribución recogidos en el Código de Comercio.

El primer tipo de situación legal se caracteriza por un contrato de distribución basado en uno de los tipos de contratos específicos contemplados por el Derecho positivo. En la legislación alemana, especialmente en el caso de un contrato de distribución directa de bienes, se recoge la forma clásica de un contrato de compraventa entre dos partes que se rige por las previsiones que regulan la compraventa, y que recogen también los contratos de larga duración o suministro<sup>46</sup>. Si la distribución se organiza en una estructura de dos o más niveles con un intermediario involucrado, se pueden encontrar tres estructuras legales muy diferentes. Por un lado, el intermediario actúa como representante

44 Los autores, MARTINEK, M. y SEMLER, F. J.: *Handbuch des Vertriebsrechts*, cit., pp. 113; también expresan como una de las funciones del Derecho Estatutario alemán frente a los contratos de distribución en lo referente a que, si el contrato no contiene las condiciones relevantes para su operación, se aplica dicho Derecho y, en su caso, el poder judicial es llamado a interpretar la ley y emitir decisiones dentro del sistema codificado.

45 MIQUEL SALA, R.: "El Derecho contractual alemán", en AA.VV.: *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (coord. S. SÁNCHEZ LORENZO), Civitas, 2016, pp. 285-312.

46 PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: "Reforma de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb)", *Derecho de la competencia y la distribución*. N° 11, 2012, pp. 217-228.

del productor (a) por otro lado, el intermediario actúa de manera independiente, pero en nombre del productor (b), o en última instancia, el intermediario que actúa en su propio nombre y cuenta (c).

En el primer caso, el contrato se lleva a cabo entre el productor y el comprador de acuerdo con las reglas generales de representación de un *Kaufmann* (comerciante en castellano). Aquí, el Código de Comercio (en adelante HGB) separa dos estructuras legales diferentes según la posición del representante, este puede ser empleado por un *Kaufmann* o él mismo es un *Kaufmann* independiente. Si está empleado, se aplican reglas específicas de representación, especialmente en lo que respecta a *Prokura* (poder general). Se aplican reglas más específicas en la representación de los colaboradores comerciales o sociedades<sup>47</sup>. Por otro lado, si el representante es un *Kaufmann* independiente que es designado por un proveedor para realizar transacciones continuas (*Unternehmer*), el Código de Comercio lo llama *Handelsvertreter* y estipula los detalles de su relación con el empresario al que representa, de acuerdo con las directivas de la UE pertinentes. *Handelsvertreter* debe distinguirse de *Handelsmakler* puesto que este último es una persona que realiza transacciones únicamente para otros, y no existe un contrato que especifique la gestión continua de tales actividades comerciales.

En el segundo caso, cuando el intermediario actúa de forma independiente, pero en nombre de otra persona, en este caso el Código de comercio alemán sólo lo limita a la comisión (*Geschäftsbesorgungsvertrag*). Si el intermediario es una persona que se especializa en ese negocio para vender bienes, si debe ser *Kaufmann*, se le da el nombre *Kommissionsvertrag*, que es el término legal entre *Kommissionär* y *Kommittent*, y está sujeto al HGB. Si dicha persona es designada por el proveedor para trabajar para él de forma permanente de esta forma, se le denomina *Kommissionsagent*. Esta figura tiene rasgos de otras dos, *Kommissionär* y *Handelsvertreter*, por lo que algunas disposiciones de *Handelsvertreter* pueden aplicarse por analogía, especialmente con respecto a las comisiones estipuladas por el HGB.

Finalmente, encontramos la tercera estructura a través de la cual el intermediario actúa en su propio nombre y por cuenta propia. Esto sucede en muchos sistemas de distribución de productos de marca, como automóviles, relojes, joyas o en algunos contratos de franquicia. En esta combinación, el intermediario se denomina *Vertriebshändler* por la doctrina y la jurisprudencia. En este caso, el Derecho alemán no proporciona reglas más allá de las disposiciones generales de los contratos de compraventa o arrendamiento de servicios.

47 Véase, en este sentido, CERVERA GARCÍA, J. L.: "Código de comercio alemán", *Revista general de derecho*, n° 464, 1983, pp.797-804.

b) Contratos de distribución atípicos.

La estructura mencionada en el párrafo anterior nos lleva a contemplar el tratamiento legal de los contratos de distribución derivados de prácticas económicas no cubiertas por la codificación específica del Derecho alemán. El problema reside en el método que debe aplicarse a situaciones en las que el contrato en sí no cubre todas las cuestiones relevantes o contradice las disposiciones imperativas, y cómo funciona esto en la práctica.

En cuanto a la forma de gestionar los conflictos que surgen en la relación de distribución, cuando dichos problemas no están previstos en el acuerdo individual ni en la normativa específica, se debe partir de la cuestión de qué se considera un contrato atípico. Esta característica puede predicarse especialmente del *Vertriebshändlervertrag* (en castellano, contrato de distribución), y de los contratos de franquicia en los que el intermediario actúa en nombre y cuenta propia y las cuestiones a debatir pueden referirse, por ejemplo, a cuestiones tales como garantías, pagos de comisiones y compensaciones tras la finalización del contrato.

Los tribunales, mediante la aplicación analógica, se rigen principalmente por la doctrina de acuerdo con la tradición jurídica alemana en relación a los contratos de distribución atípicos. Suelen surgir diferentes cuestiones relativas a la validez de las condiciones contractuales, la obligación de proporcionar información previa al contrato, la terminación del contrato entre el productor y el intermediario, y el derecho del intermediario a recibir comisiones y compensaciones.

Por otro lado, la legislación alemana establece que todos los tipos de contratos, incluidos los contratos atípicos, y mientras no existan disposiciones específicas, son objeto de aplicación de disposiciones generales. Es por ello que los conflictos en los contratos de distribución atípicos no carecen de soluciones codificadas, ya que siempre a los conflictos específicos se puede aplicar la legislación general sobre contratos.

c) Problemática en relación con los contratos de distribución.

Los problemas generales en la relación de distribución son de variada naturaleza. Por un lado, pueden destacarse aquellos que surgen de la relación a largo plazo y las reglas de resolución y finalización de la relación contractual. Por otro lado, nos encontramos con aquellos que se refieren a la capacidad de firmar contratos y representación efectiva, el control de obligaciones precontractuales, cláusulas estándar y otras condiciones, además de cuestiones de garantías y compensaciones. A continuación, se analizarán algunas de las cuestiones mencionadas.

En primer lugar, con respecto a la obligación precontractual de informar del distribuidor<sup>48</sup> existen dos tipos de conductas que pueden ser sancionadas, a saber, proporcionar información falsa y no proporcionar ninguna información. Este último supuesto ha producido una gran cantidad de precedentes jurisprudenciales en relación a los contratos de franquicia. Hay que tener en cuenta, además, que debido a la implementación de las correspondientes Directivas de la UE, existe una obligación específica de información precontractual para los contratos de venta a distancia y a domicilio.

En segundo lugar, con respecto a los requisitos específicos de flexibilidad de los contratos de distribución a largo plazo, existen cada vez más disposiciones legales sobre las obligaciones de las partes en el Derecho alemán<sup>49</sup>, especialmente relativas al ejercicio de los derechos de los contratantes, a las obligaciones contractuales cuando cambia la base del contrato y a las condiciones para el derecho a rescindir la relación contractual a largo plazo.

Finalmente, cabe plantear la problemática de la compensación que surge con la terminación del contrato de distribución, en la que hay que tener las diferencias que presenta cada tipo de contrato. En el contrato de distribución directa, cualquier negligencia, daño e indemnización se rige por las normas generales de responsabilidad o por las reglas de un tipo específico de contrato. Respecto al tema específico del derecho del intermediario a recibir una comisión o compensación después de la terminación de la relación no especificado en el contrato, la cuestión que se plantea es si se considera razonable una aplicación análoga del HGB. Los Tribunales acuden a la analogía en el caso del *Vertriebshändler*, pero se manifiestan más reacios a su aplicación en el caso de la franquicia.

En resumen, se puede concluir que la compleja diversidad de los diferentes contratos de distribución se refleja en las complejas pero razonables y sistemáticas disposiciones legales del Derecho Privado alemán para afrontar adecuadamente múltiples conflictos que aparecen en contratos y sistemas de distribución.

### 3. Los contratos de distribución en el Derecho francés.

#### A) Normativa aplicable.

Al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos de distribución son atípicos en el Derecho francés. No obstante, a pesar de que no exista un texto normativo que regule estos contratos, el ordenamiento jurídico francés (principalmente el *Code de Commerce*) ha regulado alguna de las cuestiones más

48 MÜLLER-GRAF, P. C.: "Los Contratos de Distribución en Europa", cit., p. 118 y ss.

49 LAMARCA MARQUÉS, A.: "La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB", *Indret*, Barcelona, 2011, pp.1-10.

conflictivas de los contratos de distribución. No solo en lo que respecta a la extinción de las relaciones distributivas mediante el desistimiento unilateral *ad nutum* en la teoría general de las obligaciones y contratos, sino también, en lo referente a los deberes de información precontractual, la duración del contrato, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el pacto y la posibilidad de modificar o renegociar los términos del acuerdo si así fuera necesario. Todos estos aspectos son, además, algunos de los elementos más importantes del contrato que pueden influir, directa o indirectamente, en la terminación de las relaciones distributivas<sup>50</sup>.

Por un lado, se recogen disposiciones sobre acuerdos de venta, es decir, aquellos acuerdos entre proveedores y vendedores, que incluso son aplicables entre franquiciador y franquiciados, aunque las disposiciones están formuladas para proteger a los proveedores de las grandes empresas minoristas<sup>51</sup>. La finalidad de la normativa tiene su origen en que los grandes minoristas se encuentran en una posición ventajosa en relación con sus proveedores, gracias a la legislación aprobada en el año 1973, la cual limitaba los grandes puntos de venta para proteger a los pequeños minoristas de las grandes superficies. Por eso, dado que los minoristas son dominantes en sus relaciones con los proveedores, la Ley prohíbe el abuso en sus relaciones con los mismos. Por otro lado, la normativa hace referencia a ciertos aspectos de los contratos de distribución entre proveedores y agentes comerciales, distribuidores exclusivos, selectivos y franquiciados.

Además de la regulación de ciertos contratos de distribución por parte del *Code de Commerce* también hay que hacer referencia a la legislación francesa sobre competencia, que trata de proteger la libre competencia en el mercado, de las restricciones o distorsiones que pueden causar los acuerdos verticales, al igual que intenta salvaguardar a los distribuidores de la posición dominante de los proveedores<sup>52</sup>. Por esa razón, y con el objetivo de ofrecer una protección contra aquellos posibles comportamientos anti-competitivos, tanto las autoridades francesas en materia de competencia como la Comisión Europea, califican las eventuales restricciones verticales de la misma manera, por lo que, no existe ninguna diferencia entre la normativa europea y la francesa en dicho extremo.

---

50 LASCORZ COLLADA, M. C.: *Las causas de extinción de los contratos de distribución comercial*, tesis doctoral Universitat de Barcelona, Barcelona, 2022, p.108. Véase en: [https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/191703/1/MCLC\\_TESIS.pdf](https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/191703/1/MCLC_TESIS.pdf)

51 FERRIER, D.: "Los contratos de distribución en Europa", en AA.VV., *La reforma de los contratos de Distribución Comercial* (dir. J. VIERA GONZÁLEZ, J.A. ECHEBARRÍA SAENZ y J.I. RUIZ PERIS), La Ley, Madrid 2013 p.122.

52 SAVAUX, E.: "El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos", *Anuario de derecho civil*, vol.69, nº3, 2016, pp.715 y ss.

a) Las restricciones verticales en Francia.

Las normas aplicables a las restricciones verticales se establecen en el art. L420-I y ss. del *Code de Commerce*<sup>53</sup>, del mismo modo que son aplicables los arts. 101 y 102 TFUE como al resto de países que conforman la UE. De la misma forma que en la legislación de la UE, las restricciones verticales contempladas en la legislación francesa de defensa de la competencia suelen ser restricciones directas o indirectas<sup>54</sup>.

Cabe señalar que aunque el objetivo principal es la protección económica y la libre competencia, como hemos mencionado anteriormente, la evaluación de las restricciones verticales tendrá también en cuenta el efecto de las prácticas sobre el bienestar económico del consumidor. Por ejemplo, el art. L420-4.1.2. del *Code de Commerce* permite determinados acuerdos, y se menciona explícitamente la creación o el mantenimiento del empleo como criterio para evaluar los efectos positivos de una práctica restrictiva<sup>55</sup>.

No existe una definición de acuerdo contrario a la competencia en la legislación francesa de defensa de la competencia. Según la Autoridad de Defensa de la Competencia, un acuerdo contrario a la competencia resulta de un acuerdo de voluntades que no se evidencia necesariamente mediante un contrato o una decisión adoptada conjuntamente, sino que sólo requiere una adhesión consciente a un comportamiento colectivo (Decisión n° 97-D-52<sup>56</sup>). Por lo general, las restricciones verticales se ponen de manifiesto mediante un contrato que contiene cláusulas restrictivas, es decir, que demuestra por sí mismo el concurso de voluntades<sup>57</sup>. En ausencia de tales disposiciones contractuales, la intención individual de cada parte de participar en el acuerdo restrictivo debe demostrarse en forma de una oferta realizada por una de las partes y aceptada por la otra. Por el contrario, si una parte (es decir, un proveedor o fabricante)

53 Según la legislación francesa, el art. L420-I del *Code de Commerce* prohíbe las prácticas concertadas, los contratos, los acuerdos explícitos o tácitos o las coaliciones entre empresas independientes que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia del mercado, incluidos los acuerdos verticales. Además, las restricciones a la competencia pueden beneficiarse de una exención individual si se cumplen con las condiciones establecidas en el art. L420-4 del *Code de Commerce*, asimismo, el art. L420-2.2 del mismo cuerpo legal prohíbe el abuso de posición de dominio si puede afectar a la competencia, y también puede ser aplicable a los acuerdos verticales si una empresa abusa de la situación de dependencia económica de un cliente o proveedor.

54 Como, por ejemplo, el mantenimiento de precio de reventa y la vinculación, restricciones territoriales y de clientes, asignación exclusiva de clientes o territorios y restricciones de abastecimiento, como las obligaciones de no competencia y marca única.

55 Debe tenerse en cuenta que, para la regulación francesa de los acuerdos verticales, la protección de las pequeñas y medianas empresas o de las partes más débiles en sus relaciones con empresas con un fuerte poder de mercado es también una consideración impulsora.

56 Véase en: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//97d52.pdf>

57 Véase en este sentido las resoluciones de la Autoridad de la Competencia Francesa: Nos. 05-D-66 (puede consultarse en: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//05d66.pdf>) y 07-D-04 (puede consultarse en: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//07d04.pdf>)

adopta unilateralmente una nueva política que no es aplicada por la otra parte (es decir, el distribuidor), no puede establecerse un acuerdo de voluntades.

Los acuerdos entre una empresa matriz y su filial o entre dos filiales de una empresa matriz no están, en principio, sujetos al artículo L420-I del *Code de Commerce* si dichas filiales no determinan libremente su política comercial. Si actúan de forma autónoma en el mercado, las leyes de defensa de la competencia son aplicables a los acuerdos entre empresas vinculadas. La autonomía comercial y financiera de la filial y su matriz debe ser mutua y suficiente para garantizar que cada empresa tome decisiones independientes en materia económica. Lo mismo se aplica a dos filiales del mismo grupo<sup>58</sup>.

b) Enfoque normativo para la evaluación.

La Autoridad de Competencia francesa aplica los reglamentos y directrices de la UE relativos a las restricciones verticales, como se ha podido observar en la jurisprudencia<sup>59</sup>, y asimismo se toman en consideración las decisiones de la Comisión de la UE y del Tribunal de Justicia de la UE. En consecuencia, la Autoridad de Competencia francesa examina, en primer lugar, si las respectivas cuotas de mercado del proveedor y del comprador en el mercado o mercados de referencia no superan cada una el 30% y, en segundo lugar, si el acuerdo contiene una de las restricciones especialmente graves o excluidas enumeradas en el Reglamento de exención por categorías n.º 720/2022. Si no se superan los umbrales y no hay restricciones especialmente graves o excluidas, finaliza la investigación y se considera que la restricción vertical no plantea ningún problema de competencia. Si se alcanzan los umbrales de cuota de mercado pertinentes o el acuerdo contiene una restricción especialmente grave o excluida, todo el acuerdo, o la restricción excluida, se examina con arreglo a las normas generales de defensa de la competencia para evaluar si tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia (artículo L420-I del *Code de Commerce*). Si se considera

58 En Francia se admite, al igual que en la jurisprudencia de la UE, que las normas de defensa de la competencia (es decir, el artículo L420-I del *Code de Commerce*) no se aplican a los acuerdos celebrados entre intermediarios comerciales, como los agentes, y las empresas a las que representan, cuando dichos intermediarios no asumen el riesgo de las transacciones que negocian o concluyen en nombre y por cuenta de su socio, así se expuso en la Decisión n.º 09-D-31, véase en: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//09d31.pdf>). Además, En su informe anual de 2006, la Autoridad de Competencia consideró que, "cuando un agente, aun teniendo personalidad jurídica propia, no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado, sino que ejecuta las instrucciones que le da su principal, las prohibiciones establecidas por el artículo 81 del tratado (artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y por el artículo L420-I del Código de Comercio son inaplicables a las relaciones entre el agente y su principal, con el que forma una única entidad económica". Los criterios determinantes son si los riesgos financieros y comerciales corren a cargo del agente o del comitente y la determinación de una estrategia comercial independiente por parte del agente (véanse las sentencias n.º 06-D-18 (<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//06d18.pdf>) y 09-D-23 (<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//09d23.pdf>))

59 Vid. Decisiones n.º 00-D-82 y 01-D-45 en: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//00d82.pdf>; y <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments//01d45.pdf>.

que el acuerdo es restrictivo por su objeto o por sus efectos reales o potenciales sobre la competencia, el acuerdo puede beneficiarse de una exención individual en virtud del artículo L420-4 del *Code de Commerce*.

La exención se concede a un acuerdo que resulte de la aplicación de una ley aplicable o que cumpla determinadas condiciones (es decir, si crea progreso económico y si una parte equitativa de los beneficios derivados del mismo se asigna a los consumidores, sin permitir a las empresas afectadas eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos afectados, siempre que el acuerdo no contenga restricciones que vayan más allá de lo necesario para alcanzar el progreso económico alegado). No existen infracciones *per se* que como tales descalifiquen el acuerdo de una exención individual en virtud del artículo L420-4 *Code de Commerce*. Sin embargo, las restricciones graves como la fijación de precios o el reparto de mercados o clientes no suelen cumplir las condiciones establecidas en el mencionado artículo<sup>60</sup>.

#### B) Protección de los distribuidores.

En cuanto a la protección de los distribuidores, la legislación francesa tiene varias disposiciones sobre las diferentes etapas de la relación, por ejemplo, antes del comienzo, durante o al final del contrato. En concreto, dicha protección se encuentra recogido en el *Code de Commerce* en su art. L.330-3. Al mismo tiempo, existen prohibiciones de precio mínimo impuesto que son aplicables a toda persona, ya sea física o jurídica, tenga o no la condición de comerciante, y sea cual sea el contrato en el que se incluyan<sup>61</sup>.

Sobre la información precontractual la normativa francesa establece que, veinte días antes del inicio del contrato, los proveedores están obligados a ceder el uso de sus marcas a distribuidores exclusivos o franquiciados con el objetivo de revelar información sobre sus experiencias, actividades, redes de contacto y acuerdos. Durante el período de vigencia del contrato, los Tribunales franceses dictaminan si el proveedor abusa al fijar el precio de venta del producto, por lo que, si el precio es demasiado alto, el contrato puede resolverse por el distribuidor.

Si el franquiciado o distribuidor exclusivo no es considerado representante comercial independiente puesto que debe utilizar el precio fijado por el proveedor, al mismo tiempo que las condiciones comerciales especificadas y en el punto

60 Véase más en profundidad LEVIN NAFTAILS, K.: "At a glance: vertical agreements in France", *Lexology*, marzo 2020, pp. 5-6. Sitio web: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=88ab6fcf-81f6-4a93-9ebc-51f5576a5c6f> ; donde se lleva a cabo un extenso estudio de las decisiones más recientes en cuanto a la aplicación de la legislación francesa en materia de competencia. No obstante, al tratarse de un país dentro de la UE son de aplicación los reglamentos de exención por categorías para los acuerdos verticales, por lo que, encontramos pocas diferencias entre la normativa europea y francesa en este aspecto.

61 FABRE, P.: *Concurrence, Distribution, Consomation*, Dalloz, París, 1983, p. 23.



de venta acordado o seleccionado por éste, el distribuidor será tratado como un empleado, en consecuencia, se le aplicará la ley laboral (Código del Trabajo, artículo L. 7321-2), que regirá la relación entre el proveedor y el distribuidor.

En cuanto a la finalización del contrato, el distribuidor exclusivo está protegido al existir una relación más duradera que en otras modalidades de distribución. El período máximo de cualquier contrato exclusivo es de diez años, y cualquier contrato más allá de ese período es considerado inválido, como se describe en el art. I. L.330-I del *Code de Commerce*. Del mismo modo, los distribuidores exclusivos están exentos de las restricciones de competencia una vez finalizado el período del contrato. Por un lado, esta obligación no competitiva debe restringirse en concepto, duración y ubicación para que el distribuidor pueda mantener sus actividades y, por otro lado, la misma obligación debe ser proporcional a los intereses legítimos del proveedor<sup>62</sup>.

En cuanto a la protección de los agentes comerciales, según el art. L. 134-I del *Code de Commerce* se señala que, un agente comercial es un profesional independiente y no es contratado con la finalidad de prestar servicios, sino que en él se confía la negociación y cierre de ventas, compras, alquileres o contratos de provisión de servicios en la representación de productores, industriales, comercializadores y otros agentes comerciales.

El agente está principalmente protegido contra la rescisión del contrato. En el art. L. 134-II del *Code de Commerce* se establece que un contrato de duración determinada mantenido por ambas partes después de la fecha de vencimiento se considerará un contrato indefinido.

Cuando el contrato de agencia no tiene una fecha determinada de finalización, todas las partes pueden notificar la terminación con un preaviso. Si un contrato de duración determinada se convierte en un contrato indefinido, debe tenerse en cuenta la prórroga previa de duración determinada del contrato a la hora de calcular el plazo de preaviso antes mencionado en el que se va a rescindir el contrato.

El preaviso para el primer año del contrato debe ser de un mes, dos meses para el comienzo del segundo año y tres meses para el comienzo del tercer año y años posteriores. Claramente, estas disposiciones no se aplicarán cuando el contrato se rescinda debido a negligencia grave o fuerza mayor de una de las partes. Asimismo, cuando finaliza la relación con el proveedor, el agente comercial tiene derecho a reclamar una indemnización por las pérdidas sufridas. Los tribunales franceses establecen la indemnización en el doble del promedio de la comisión bruta total

---

62 FERRIER, D.: "Los contratos de distribución", cit., p.125.

recibida por el agente en los últimos tres años. Si el agente comercial no notifica a la otra parte su intención de ejercer el derecho a reclamar una indemnización dentro del primer año después de la terminación del contrato, puede perder el derecho a dicha indemnización. Cuando el contrato se rescinde por fallecimiento del agente, los herederos legales del mismo, tienen derecho a sucederle en la compensación derivada de la indemnización como consecuencia de la terminación del contrato. Del mismo modo, el contrato puede contener diversas cláusulas de no competencia que se aplican después de la terminación. La cláusula debe constar por escrito, y debe mencionar la zona geográfica específica y, en su caso, el tipo de producto o servicio que representa en el contrato. De acuerdo con el art. L. 134-14 del *Code de Commerce*, las cláusulas anteriores solo pueden ser válidas durante un máximo de dos años después de la finalización del contrato<sup>63</sup>.

### III. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL.

#### I. Cuestiones generales relativas al contrato de distribución internacional.

Conforme a todo lo dicho anteriormente y teniendo en cuenta la tendencia del contrato de distribución a llevarse a cabo en el comercio internacional, es evidente que su tratamiento y su desarrollo se va a conseguir a través del exportador y distribuidor siempre en zonas geográficas diferentes. Se trata de la forma más utilizada para llevar a cabo negocios de exportación.

Todo empieza, normalmente, con la búsqueda del exportador de empresarios que se dediquen a la distribución y que estén interesados en llevar a cabo dicha tarea ya que en la propuesta se añadirá un modelo de contrato en el que figuraran las funciones del distribuidor de manera clara y que tipo de distribución será, de ahí que sea este primero quien tome la iniciativa y ya de entrada se aprecia que es un sistema de acuerdo vertical en el que el empresario principal estará por encima del distribuidor.

En el plano internacional, respecto a aquellos contratos de distribución en los que una sociedad española sea parte, será preciso determinar si el país de la contraparte contractual dispone de alguna normativa específica que pudiera ser aplicable, bien de forma supletoria (en ausencia de pacto), bien de forma imperativa (sin admitir pacto en contrario)<sup>64</sup>. En caso de no existir, resultaría fundamental la sumisión contractual expresa de las partes a una determinada ley a la hora de suplir las lagunas que la ausencia de pacto sobre una cuestión específica pudiera

63 FERRIER, D.: "Los contratos de distribución", cit., p.126.

64 Véase en este sentido, FORNER DELAYGUA, J.: "El contrato de distribución comercial internacional", *Revista española de derecho internacional*, n°1, 2019, p.272.

provocar, y a la hora de resolver los conflictos interpretativos que pudieran surgir<sup>65</sup>. De otro modo, sería necesario acudir a la normativa europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales para determinar cuál de las dos legislaciones nacionales implicadas habrá de aplicarse. Y ello porque tampoco existe a nivel internacional una regulación específica para este tipo de contratos a la que poder acudir como Derecho supletorio en ausencia de pacto, o que provea para esta relación comercial disposiciones imperativas que no admitan pacto en contrario.<sup>66</sup>

#### A) *Funciones del distribuidor.*

Estas funciones son las que el mismo exportador establece como condiciones y manera de actuar que tendrá que cumplir el distribuidor. La combinación que se da en la distribución comercial de características propias de la compraventa con aquellas propias de una prestación de servicios similares a los exigibles a un agente, tiene su reflejo en la plasmación de una serie de cláusulas contractuales fijando las obligaciones del distribuidor; más allá de la adquisición y pago de bienes que serán objeto de reventa.<sup>67</sup> Entre dichas obligaciones destacarían las siguientes: i) Formación: La formación del personal del distribuidor sobre las características de los bienes, a fin de poder realizar una labor de promoción adecuada y alcanzar el incremento de las ventas en el territorio. ii) Servicio postventa: La prestación de un servicio postventa, a fin de poder atender de una forma rápida y eficaz las necesidades de sus clientes en el territorio, paliando las limitaciones que la distancia geográfica pudiera imponer en caso contrario. iii) Mantenimiento de *stock*: El mantenimiento de un *stock* suficiente para atender las necesidades de sus clientes, a fin de evitar demoras en la entrega que pudieran hacer que estos perdieran interés o que optaran por alternativas que proporcionasen una mayor inmediatez. iv) Promoción de la marca: La prohibición de manipulación del producto e incluso del embalaje y aspecto externo de la mercancía, a fin de lograr una promoción efectiva de la marca del fabricante, y una implantación real en el territorio que le permitan subsistir a la extinción del contrato de distribución. v) Limitaciones a las garantías: La prohibición de ofrecimiento de garantías superiores a las ofrecidas por el fabricante, a fin de evitar cualquier conflicto futuro en la depuración de responsabilidades entre las partes ante cualquier reclamación. vi) Promoción activa: La promoción activa de los productos del fabricante asistiendo y/o colaborando en las ferias y exposiciones del sector que pudieran tener lugar en el territorio, a fin de lograr una proyección real de los productos del fabricante en el territorio. vii) Información sobre el mercado: La información sobre la evolución del mercado en el territorio, a fin de poder definir estrategias concretas y modificar

65 CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: *Curso de contratación internacional*, Madrid Colex, 2006, pp. 30 y ss.

66 ELUSTONDO CASAS, I.: "El contrato de distribución y su vertiente internacional", *Revista jurídica de Distribución y Comercio*, abril, 2013, p. 5.

67 Vid. en este sentido la obra de ESPLUGUES MOTA, C.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1999.

en su caso la gama de productos objeto de distribución. viii) Prohibición de cesión: La prohibición de cesión del contrato por parte del distribuidor, a fin de evitar que la relación de confianza en la que se basó el nombramiento inicial, quede frustrada por la introducción de un tercero en la relación.<sup>68</sup>

#### B) Cláusulas del contrato.

En los contratos de distribución internacional hay ciertas cláusulas muy relevantes y que merecen ser bien especificadas antes de empezar, ya que se pretende evitar futuros problemas y sus correspondientes soluciones. Es conveniente que el contenido de las mismas se pacte en los tratos preliminares o negociaciones previas a la firma del contrato.<sup>69</sup>

Por tanto, esas negociaciones previas se pueden dividir en objetivos que delimitar, que luego se plasmarán en las cláusulas del contrato<sup>70</sup>: i) Objetivos comerciales: Se hace referencia a todo lo relativo a las ventas, a las cantidades y precios, a lo que se espera vender y las ganancias pertinentes. Para ello se deberá hacer un estudio de mercado en el que se tomarán como medidas el tamaño del mercado, el potencial éxito basado en los gustos y las necesidades de la clientela, la capacidad distributiva del distribuidor y el poder exportador del empresario principal. ii) Productos objeto del contrato: Se puede llevar a cabo una descripción de los productos y las marcas comerciales que el exportador vaya a suministrar al distribuidor. Puede dejarse abierta la posibilidad de añadir más productos en el futuro o, por el contrario, establecer que los productos que la empresa exportadora pudiera fabricar en el futuro queden excluidos del contrato y que aquellos materiales que vayan a ser dejados de fabricar se indique que no se suministrarán más. iii) Territorio: Es una de las cuestiones más importantes ya que puede entrar en conflicto con otros distribuidores del mismo producto. En estos casos es imprescindible que quede escrupulosamente claro la zona donde para poder actuar, ya sea un país, o región de menor tamaño. iv) Exclusividad: Es uno de los elementos característicos de esta modalidad contractual ya que puede especificarse que se opta por ella o en cambio rechazarla. La tendencia actual recomienda que en los primeros meses el distribuidor quede a prueba sobre el trabajo realizado y las ventas que ha obtenido, de esta manera se puede considerar un periodo de evaluación en el que cuando termine se le puede otorgar dicha exclusividad. Por tanto, desde el inicio no se aplica al contrato, pero puede ser que se aplique más adelante.<sup>71</sup> v) INCOTERMS y pago: Estamos ante uno de

68 CALVO CARAVACA, A. L. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Curso de contratación*, cit., p. 40

69 AA.VV.: "Legal guidance for doing international business", *International Trade Center*, 2010.

70 AA.VV.: ¿Qué es el contrato de distribución internacional? Modelos y cláusulas, *Global Negotiator Blog*, <http://www.globalnegotiator.como/blog/que-es-el-contrato-de-distribucion-internacional-modelo-clausulas/>.

71 ESPLUGUES MOTA, C.: *Contratación internacional*, cit., p. 106.

los puntos más importantes a tratar, por el simple hecho de que la mercancía debe llegar desde un punto de salida hasta el punto de entrega, durante ese periodo es necesario delimitar claramente qué "INCOTERM" se va aplicar para determinar dónde empieza y dónde acaba la responsabilidad de cada uno. Aun cuando no se trata de un aspecto exclusivo del contrato de distribución sino que afecta también a la compraventa internacional de mercancías, en la medida en que al igual que ocurre en la compraventa el distribuidor llega a adquirir del fabricante los bienes que posteriormente serán objeto de reventa, cobran especial relevancia los INCOTERMS (*International Commercial Terms*) bajo los cuales se pacte contractualmente: a) la entrega de la mercancía, b) la transmisión del riesgo, c) el coste y modalidad del transporte hasta su destino final, d) los costes del seguro, y e) la gestión de los trámites aduaneros de exportación en origen e importación en destino. Tras la última revisión llevada a cabo por la Cámara de Comercio Internacional en 2020, los INCOTERMS han quedado reducidos a once términos, clasificados en cuatro categorías (comenzando por las letras "E", "F", "C" y "D"), en función de los riesgos y obligaciones asumidos por cada una de las partes contractuales. Partiendo del término *Ex Works* (EXW), en función del cual el fabricante pone la mercancía a disposición del adquirente en su propia fábrica o almacén, hasta el término *Delivered Duty Paid* (DDP), en virtud del cual el fabricante pone la mercancía a disposición del adquirente en el lugar convenido con este en el país de destino, se suceden diferentes combinaciones surgidas de la práctica comercial internacional durante décadas, que distribuyen la responsabilidad, riesgo y costes entre las partes, constituyendo así una auténtica fuente de derechos y obligaciones para las mismas desde el momento en que queden incorporadas al contrato. El lugar de la entrega de la mercancía que resulte del INCOTERM pactado, también tendrá su relevancia desde el punto de vista de la competencia judicial para la resolución de conflictos surgidos del contrato, en el caso de que las partes no hubieran formalizado un pacto expreso al efecto.<sup>72</sup> vi) Patentes y marcas: Pueden plantearse varias cuestiones dependiendo del escenario. Por un lado, el exportador/proveedor deberá estar registrado en la zona en la que vaya a comercializar sus productos, esto tienen a aprovecharlo los distribuidores para intentar unirse a su registro y de esta manera obtener la exclusividad que tanto les interesa. Es un problema para el exportador/proveedor que no esté interesado dado que las consecuencias pueden ser bastante perjudiciales ya que en casos de rescindir el distribuidor tendría derechos de propiedad de marca y patente, hasta tal punto de tener que tomar medidas legales. Otra posibilidad es que se decanten por un sistema compartido de marcas en el que ambos actuaran bajo las marcas del proveedor sin establecer limitaciones o indicando un porcentaje para cada una

72 La última versión de INCOTERMS es la de 2020. Los INCOTERMS existen desde 1936 y son actualizados cada 10 años. Los INCOTERMS vigentes en este momento (2023) son los de la versión 2020 - 2030. Sobre sus ventajas *vid.* <https://www.wociberica.com/incoterms-2021-una-oportunidad-para-mejorar-eficiencia-control-de-costes-n-99-es>.

de ellas. Y por último, la manera más sencilla es incluir una cláusula sobre uso de la marca o de la propiedad industrial en general.<sup>73</sup>

C) *Ley y fuero aplicable.*

Dos aspectos que resultan fundamentales en el contrato de distribución internacional, son la ley aplicable al contrato y los órganos que vayan a ser competentes para resolver cualquier cuestión en caso de conflicto.

a) *Ley aplicable.*

El Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), consagra el principio de libertad de pacto, al establecer que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. En caso de haber optado por la ley española, a falta de una regulación específica al efecto, la normativa aplicable serán las disposiciones generales del Derecho civil y del Derecho mercantil, mientras que, en caso de haber optado por la normativa nacional del país de la contraparte contractual, será preciso verificar la existencia o no de una normativa específica al efecto<sup>74</sup>.

A falta de elección, el Reglamento establece que el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual, recogándose sin embargo dos excepciones para el supuesto en que no sea posible determinar la ley aplicable y para el supuesto en que del conjunto de circunstancias se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. En estos dos últimos casos, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos<sup>75</sup>.

b) *Fuero aplicable.*

En cuanto a los órganos competentes para resolver los conflictos que pudieran surgir en el curso de la relación, rige de nuevo el principio de libertad de pacto, pudiendo las partes optar por someterse a los Tribunales nacionales de cualquiera de los países implicados, los de un país tercero, o incluso someterse a arbitraje internacional. A falta de pacto entre las partes, el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil establece con carácter general, que las personas domiciliadas en un Estado miembro de la UE, estarán sometidas a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. En consecuencia,

73 ELUSTONDO CASAS, I.: "El contrato de distribución", cit., p. 6.

74 FORNER DELAYGUA, J.: "El contrato de distribución comercial", cit., p.273.

75 PERALES VISCASILLAS, M. P.: "Contratos de distribución internacional y arbitraje", en AA.VV.: *Distribución comercial y derecho de la competencia Comercial* (dir. J. VIERA GONZÁLEZ, J.A. ECHEBARRÍA SAENZ y J.I. RUIZ PERIS), Wolters Kluwer, 2011, pp. 45 y ss.

con carácter general los Tribunales competentes serían los del domicilio del demandado.

No obstante, de acuerdo con el Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante otro Estado miembro, en materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda. Dicho lugar será, en el caso de compraventa de mercancías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías (lo que resultará del correspondiente INCOTERM negociado e incorporado al contrato). En el caso de prestaciones de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Dado que el contrato de distribución combina compraventa y prestación de servicios, será necesario determinar cuál es la obligación contractual concreta que sirve de base a la demanda, para determinar a su vez cuál es el lugar en que debió haber sido cumplida, que será el que determine los Tribunales competentes. En el caso de que el demandado no estuviera domiciliado en la UE, de acuerdo con el Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales españoles serán competentes, en materia de obligaciones contractuales, cuando estas hayan nacido o deban cumplirse en España. En definitiva, cualquier conflicto sobre la ley aplicable y los Tribunales competentes es evitable con el mero pacto expreso de sumisión a una ley y Tribunales concretos, lo que refleja una vez más, la importancia del pacto expreso en este tipo de contratos.<sup>76</sup>

#### D) *Legislación internacional.*

El mayor problema que plantean estos contratos estriba en que la mayoría de países tanto de la Unión Europea como extracomunitarios, no existen normas que regulen expresamente el contrato de distribución internacional, ni existe un ordenamiento jurídico internacional que sea de aplicación. De ahí que sea un contrato atípico y en el cual predomina la autonomía de la voluntad.

En este sentido, resulta especialmente llamativo que en un mundo tan globalizado y con unas relaciones comerciales y redes de distribución tan desarrolladas, dentro de la diversas fórmulas de colaboración que se han ido perfeccionando en la práctica comercial, la distribución internacional, que quizás sea la fórmula más utilizada por las empresas para la promoción, venta e implantación de sus productos más allá de las fronteras nacionales, se encuentre a día de hoy, sin una regulación específica no ya solo a nivel internacional, sino incluso a nivel de la

---

76 Vid. JUÁREZ PELÁEZ, P.: "Contratos internacionales de distribución", en AA. VV., *Curso de Derecho de contratación internacional* (coord. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), Colex, 2003, pp. 333-360.

Unión Europea (sin perjuicio de las disposiciones relativas a la libre competencia previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)<sup>77</sup>.

Así, mientras la compraventa internacional se encuentra regulada desde el 11 de Abril de 1980 por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (también conocida como Convención de Viena), la distribución internacional sigue sin tener un instrumento supletorio unificado que sirva como recurso para cubrir las lagunas legales que la ausencia de pacto entre las partes pudiera provocar, aunque en epígrafes posteriores se intentará argumentar en favor de la aplicación de la Convención de Viena a los contratos de distribución internacional.

En el ámbito internacional, hay dos textos que la doctrina<sup>78</sup> indica que regulan el contrato de distribución internacional. El primero es el Convenio de Ginebra de 1983 sobre Representación en Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante Convenio de Ginebra) y, el segundo, el Convenio de La Haya 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación. Sin embargo, como podemos observar, en el artículo 1 del Convenio de Ginebra se sigue la misma pauta de aplicar reglas de contratos de agencia a los contratos de distribución: "1) Esta Convención se aplica cuando una persona, el agente, tiene poder o pretende tener poder para concluir, en favor de otra persona, el representado, un contrato de compraventa de mercancías con una tercera parte. 2) Rige no sólo la conclusión de tal contrato por el agente, sino que también cualquier acto efectuado por este con el propósito de concluir tal contrato o en relación a su ejecución. (3) Se preocupa sólo de las relaciones entre, por un lado, el representado o el agente y, por otro lado, la tercera parte. (4) Se aplica independientemente del hecho que el agente actúe en su propio nombre o en el nombre del representado".

Por otra parte, nos encontramos con el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediación y representación, cuyo art. 1 reza del siguiente tenor: "El presente Convenio determinará la ley aplicable a las relaciones de carácter internacional que se crean cuando una persona, el intermediario, tiene el poder de actuar, actúa o pretende actuar en sus relaciones con un tercero por cuenta de otra persona, el representado. Incluye la actividad del intermediario consistente en recibir y en comunicar proposiciones o en realizar negociaciones por cuenta de otras personas. El Convenio se aplicará tanto si el

77 ESPINELLA MENÉNDEZ, Á.: *El contrato de distribución*, cit., pp. 21 y ss.

78 DURÁN AYAGO, A.: "La jurisdicción competente y legislación aplicable a los contratos de distribución internacional", en AA.VV.: *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras de Derecho contractual europeo* (dir. F. CARBAJO CASCÓN), Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 641 y ss. SACRISTÁN BERGIA, F.: "Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a indemnización por clientela", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n° 2 La Ley, 2008, pp. 277 y ss.



intermediario actúa en nombre propio como en nombre del representado y tanto si su actividad es habitual como ocasional”.

El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación y el Convenio de Ginebra coinciden en la descripción de la figura del agente o intermediario, que establece como norma la vinculación dependiente con su representado, y la excepción a la regla la posibilidad del agente de actuar en nombre propio, pero bien sabemos que en la práctica tal posibilidad es rara porque el vínculo con el representado siempre existirá, ya que el agente no compra o vende para sí, sino siempre para otro. Veamos en el artículo 5 del Convenio de Ginebra la definición de agente y su vinculación con el representado: “El representado, o un agente que actúe bajo las expresas o implícitas instrucciones del representado, puede acordar con la tercera parte de excluir la aplicación de esta Convención o, sujeto a lo que se señala en el artículo III,<sup>79</sup> establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que ninguno de esos textos está vigente en España<sup>80</sup>, siendo su aplicación condicionada a la voluntad de las partes. Precisamente se ha criticado que se trata de textos que fueron realizados para contratos diferentes de los contratos de distribución, y que además, como se ha mencionado, no se encuentran vigentes en nuestro país<sup>81</sup>.

Hay que destacar, por tanto que, a pesar del encomiable intención de algunos autores<sup>82</sup> para establecer una ley uniforme aplicable a los contratos de distribución, una vez más se trata de aplicar por analogía a los contratos de distribución reglas que corresponden al contrato de agencia, y tendremos que, en su caso, valorar la identidad de razón para justificar a modo de principio la aplicación por analogía de las normas del contrato de agencia a los contrato de distribución, cuyos problemas ya hemos visto que se han puesto de manifiesto por jurisprudencia y doctrina, sobre todo en relación a la finalización del contrato y sus consecuencias para el distribuidor.<sup>83</sup>

79 Art. II del Convenio de Ginebra: “No se aplicará ninguna disposición del art. 10, del art. 15 o del Capítulo IV que permita efectuar un poder, una ratificación o una terminación de poder en una forma que no sea por escrito, en el caso que el representado o el agente tengan su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 27. Las partes no podrán establecer excepciones a este párrafo ni modificar sus efectos.”

80 Véase en este sentido, <https://www.hcch.net/es/states/hcch-memebers/details1/?sid=69> .

81 FONSECA DE MACEDO, H.I.: “El contrato de compraventa internacional en la convención de Viena de 1980”, en AA.VV., *Reflexiones sobre el derecho privado patrimonial* (dir. A. ÁVILA DE LA TORRE), Ratio Legis, 2012, p. 75.

82 SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 20ª ed. Aranzadi, Thomson Reuters, 2013, p. 103.

83 GARCÍA HERRERA, A.: *La duración del contrato de distribución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

En definitiva, y en defecto de norma imperativa aplicable, el pacto entre las partes, reflejado de forma escrita en el correspondiente contrato adquiere en este tipo de contratos una especial relevancia, y ha sido la práctica comercial internacional la que se ha encargado de desarrollar los pactos que han de tenerse en especial consideración a la hora de negociar y redactar un contrato de distribución internacional.<sup>84</sup>

#### IV. CONCLUSIONES FINALES.

Como hemos podido observar, por un lado, el Derecho italiano presenta grandes similitudes con el Derecho español en lo que a los contratos de distribución se refiere. A saber, en Italia, al igual que en España, los contratos de distribución son considerados atípicos. Es por ello que, en virtud de dicha "atipicidad", las partes pueden regular libremente dicho contrato, respetando cuanto dispuesto por el *Codice Civile* italiano en cuanto se refiere a la regulación general de los contratos. Por otro lado, en el Derecho alemán, la compleja diversidad económica de los diferentes métodos y/o contratos de distribución tienen su significado en las complejas pero razonables y sistemáticas disposiciones legales del Derecho Privado alemán para afrontar adecuadamente múltiples conflictos que aparecen en contratos y sistemas de distribución. Por último, en el Derecho francés, al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos de distribución son atípicos. No obstante, a pesar de que no exista un texto normativo que regule estos contratos, el ordenamiento jurídico francés (principalmente el *Code de Commerce*) ha regulado alguna de las cuestiones más conflictivas de los contratos de distribución. No solo en lo que atañe a la extinción de las relaciones distributivas mediante el desistimiento unilateral *ad nutum* en la teoría general

84 ORTEGA GIMENEZ, A.: *Contratación internacional práctica*, ICEX Manuales prácticos, Madrid, 2013. Por nombrar alguno de los países más relevantes en el comercio internacional, Estados Unidos posee una su propia Ley de contrato (*US Contract Law*) que suele ser la que se tome como referencia siempre que hay una empresa norteamericana como parte contratante. Esta se basa en la jurisprudencia e interpretaciones de sus tribunales, hecho característico del *Common law*, por otra parte, con los estatutos propios de cada Estado y su jurisdicción, y por último la Ley Federal que actúa de manera general sobre los temas que se consideran de más relevancia a la hora de proteger los derechos de los ciudadanos norteamericanos. Véase en este sentido, ZABALETA DÍAZ, M.: "notas sobre el contrato internacional de distribución exclusiva", en AA.VV., *Estudios de Derecho del comercio internacional: homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, Sevilla, 2013, pp. 139-152. A su vez China mantiene la política de exigir a los exportadores la exclusividad para poder entrar en el mercado del país, condición que no suelen aceptar los interesados por el hecho de que sin otra opción de descubrir nuevos distribuidores se le obliga a contratar con uno y comprometerse durante todo el contrato, a la que hay que sumarle la posible mala gestión del distribuidor chino que puede perjudicar el negocio jurídico. A diferencia del Estados Unidos, la ley china (*PRC Civil Law*) da la opción de que sean las partes las que elijan la ley y jurisdicción a la que quieren someterse. Pero en la práctica no suele ser así ya que las propias empresas chinas rehúsan a firmar contratos en los cuales los litigios no se someten a los tribunales o a las Comisiones de Arbitraje en China. La elección de uno u otro procedimiento dependerá del poder de la parte china y del prestigio del Tribunal que proponga. Por último, el enfoque de este tipo de contratos en Rusia es similar al de China, exigiendo la exclusividad y más si el distribuidor ruso es de menor tamaño que el exportador. Se exige tanto para todo el territorio de la Federación Rusa como para los que forman la Comunidad de Estados Independientes (CIS). El problema que encontramos en el caso ruso, es que, aunque su Código civil permite que se elija el tribunal y la ley aplicable por las partes, el reconocimiento por parte de Rusia por sentencias de tribunales extranjeros y su ejecución solo será viable siempre que exista un Tratado en Rusia y el país extranjero, lo que lleva a determinar que salvo que dicho Tratado exista, lo más aconsejable es someterse a la ley y tribunal ruso.

de las obligaciones y contratos, sino asimismo en lo referente a los deberes de información precontractual, la duración del contrato, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el pacto y la posibilidad de modificar o renegociar los términos del acuerdo, en su caso.

Con respecto al régimen jurídico aplicable al Contrato de Distribución Internacional, habida cuenta la ausencia de regulación específica a nivel internacional de este tipo de contratos, el pacto entre las partes reflejado de forma escrita en el mismo adquiere una especial relevancia. En consecuencia, ha sido la práctica comercial internacional la que se ha encargado de desarrollar los pactos que han de tenerse en consideración a la hora de negociar y redactar un contrato de distribución internacional, teniendo en cuenta que en determinados países existen legislaciones y prácticas comerciales diferentes a la UE, por lo que será necesario utilizar modelos de contratos adaptados a dichas diferencias y sometidos -en caso de ausencia de pacto- a la ley del país de destino de la mercancía.

## BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: "¿Qué es el contrato de distribución internacional? Modelos y cláusulas", *Global Negotiator Blog*, <http://www.globalnegotiator.com/blog/que-es-el-contrato-de-distribucion-internacional-modelo-clausulas/>.

AA.VV.: "Legal guidance for doing international business", *International Trade Center*, 2010.

BACCHINI, F.: *Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising*, CENDAM, Padua, 1999, p. 13.

BALDASSARI, A.: *Il contratto di Agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*, CEDAM, Padua, 1989, p. 9.

BALDI, R.: *I Contratti di distribuzione*, in *Gur. Sist. Dir. Civ. E comm.*, UTET, Turín, 1998, p. 963.

BASTIANON, S.: *Distribuzione selettiva e distribuzione esclusiva*, in *Cendon (a cura di), I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, UTET, Turín, 2004, p. 246.

BÖCKENFÖRDE, E. W.: "¿Como se interpretan en el derecho constitucional alemán los derechos fundamentales?", en AA.VV., *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, Dykinson, 2018, pp. 415-432.

CABRILLAC, R.: "El nuevo derecho francés de los contratos", *THEMIS: Revista de Derecho*, n°70, 2016, p.62.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Curso de contratación internacional*, Colex, 2006, pp. 30 y ss.

CASSANO, G.: *I contratti di distribuzione, agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising, figure classiche e new economy*, Giuffrè, Milán, 2006, p.8.

CERVERA GARCÍA, J. L.: "Código de comercio alemán", *Revista general de derecho*, n° 464, 1983, pp.797-804.

CONTI, A.: *il contratto di agenzia, profili civilistici previdenziali ed internazionali*, KEY, Milán, 2016.

DURÁN AYAGO, A.: "La jurisdicción competente y legislación aplicable a los contratos de distribución internacional", en AA.VV., *Los contratos de distribución*

en las propuestas armonizadoras de Derecho contractual europeo (dir. F. CARBAJO CASCÓN), Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 641 y ss.

EIRANOVA ENCINAS, E. y COESTER-WALTJEN, D.: *Código civil alemán comentado: BGB*, Marcial Pons, 1998.

ELUSTONDO CASAS, I.: "El contrato de distribución y su vertiente internacional", *Revista jurídica de Distribución y Comercio*, abril, 2013, p. 5.

ENSTHALER, J.: "Kündigung von Vertragshändlerverträgen unter abgekürzter Frist (Strukturkündigung)", *Neue juristische Wochenschrift*, 2007, pp.815-816.

ESPINELLA MENÉNDEZ, Á.: *El contrato de distribución comercial internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 20 y ss.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Contratación internacional*, Tirant lo Blanc, 2ªed. 1999.

FABRE, P.: *Concurrence, Distribution, Consomation*, Dalloz, París, 1983, p. 23.

FERRIER, D.: "Los contratos de distribución en Europa", en AA.VV.: *La reforma de los contratos de Distribución Comercial* (dir. J. VIERA GONZÁLEZ, J.A. ECHEBARRÍA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS), La Ley, Madrid 2013 p.122.

FONSECA DE MACEDO, H. I.: "El contrato de compraventa internacional en la convención de Viena de 1980", en AA.VV.: *Reflexiones sobre el derecho privado patrimonial* (dir. A. ÁVILA DE LA TORRE), Ratio Legis, 2012, p. 75.

FORNER DELAYGUA, J.: "El contrato de distribución comercial internacional", *Revista española de derecho internacional*, nº1, 2019, p.272.

FRIGNANI, A.: *Il franchising*, UTET, Turín, 1990, p.76.

GALGANO, F.: *Diritto privato*, CEDAM, Padua, 2006, p. 547.

GARCÍA HERRERA, A.: *La duración del contrato de distribución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

IMBRENDA, M.: *I contratti di distribuzione, in I contratti nella concorrenza, a cura di A. Catricalà e E. Gabrielli, in Tratt. Contratti Rescigno-Gabrielli*, UTET, Turín, 2011, p. 658.

JUÁREZ PELÁEZ, P.: "Contratos internacionales de distribución", en AA.VV.: *Curso de Derecho de contratación internacional* (coord. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ), Madrid, Colex, 2003, pp. 333-360.

LAMARCA MARQUÉS, A.: "La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB", *Indret*, Barcelona, 2011, pp. 1-10.

LASCORZ COLLADA, M. C.: *Las causas de extinción de los contratos de distribución comercial*, tesis doctoral Universitat de Barcelona, Barcelona, 2022, p. 108.

LEVIN NAFTAILS, K.: "At a glance: vertical agreements in France", *Lexology*, marzo 2020, pp. 5-6.

MARTINEK, M. y SEMLER, F.J.: *Handbuch des Vertriebsrechts*, Beck, Múnich, 1997, pp. 112 y ss.

MAZEAUD, D.: "Las reformas al derecho francés de los contratos", *Revista crítica de derecho privado*, nº11, 2014, pp.441-474.

MIQUEL SALA, R.: "El Derecho contractual alemán", en AA.VV., *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, 2016, pp. 285-312.

MÜLLER-GRAF, P.C.: "Los contratos de distribución en Europa", en AA.VV.: *La reforma de los contratos de Distribución Comercial* (dir. J. VIERA GONZÁLEZ, J.A. ECHEBARRÍA SÁENZ y J.I. RUIZ PERIS), La Ley, Madrid 2013, p.113.

ORTEGA GIMENEZ, A.: *Contratación internacional práctica*, ICEX Manuales prácticos, Madrid, 2013.

PARDOLESI, R.: *Distribuzione (Contratti di) in Digesto commerciale*, UTET, Turín, 1990, p. 66.

PARDOLESI, R.: *I contratti di distribuzione*, Giuffrè, Nápoles, 1979, p. 2.

PERALES VISCASILLAS, M. P.: "Contratos de distribución internacional y arbitraje", en AA.VV.: *Distribución comercial y derecho de la competencia* (dir. A.J. VIERA GONZÁLEZ y J.A. ECHEVARRÍA SÁENZ), Wolters Kluwer, 2011, pp. 45 y ss.

PÉREZ FERNÁNDEZ, P.: "Reforma de la Ley alemana de Defensa de la Competencia (Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gwb)", *Derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, 2012, pp. 217-228.

PERLINGERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, p.612.

SACRISTÁN BERGIA, F.: "Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a indemnización por clientela", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 2 La Ley, 2008, pp. 277 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013, p. 103.

SANTINI, G.: *Commercio e servizi*, Il Mulino, Milán, 1988, p. 160.

SAVAUX, E.: "El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos", *Anuario de derecho civil*, vol.69, nº3, 2016, pp.715 y ss.

SEGA, D.: *Franchising e concessione di vendita a confronto*, *Archivio Civile*, 2001, p.3.

STEINHÄUER, M.: "Der Handelsvertretervertrag in der umwandlungsrechtlichen Praxis", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* Vol.31(28), 2010, pp.1330-1334.

VILLANACCI, G.: *I contratti della distribuzione commerciale*, UTET, Turín, 2010, p. 1.

ZABALETA DÍAZ, M.: "notas sobre el contrato internacional de distribución exclusiva", en AA.VV. *Estudios de Derecho del comercio internacional: homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, Sevilla, 2013, pp. 139-152.

ZUDDAS, G.: *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato Diritto Commerciale*, G. Guiappichelli Editore, Turin, 2003, pp.89 y ss.

EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LAS FÓRMULAS DE  
VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS DE LA  
REGULACIÓN AUTONÓMICA Y PROBLEMÁTICA EN SU  
APLICACIÓN PRÁCTICA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS  
VIVIENDAS COLABORATIVAS\*

*THE RIGHT TO HOUSING AND PUBLICLY SUBSIDIZED  
HOUSING MODELS: ANALYSIS OF REGIONAL REGULATION  
AND ISSUES IN PRACTICAL APPLICATION, WITH SPECIAL  
REFERENCE TO COLLABORATIVE HOUSING*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 688-709*

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID 2022-1398990B-I00 "Nuevos desafíos del Derecho Biomédico en la protección jurídico-civil de las personas mayores", IIPP Esther Algarra Prats y Javier Barceló Doménech.





Yolanda  
BUSTOS  
MORENO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 23 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** La carencia de vivienda digna y la búsqueda de fórmulas adecuadas para posibilitar un envejecimiento activo de la población constituye una preocupación social con importantes repercusiones jurídico-civiles, pero poco estudiada. Una de las opciones de mayor fomento, a instancias públicas, es el modelo de vivienda colaborativa, también conocido como “cohousing”, aunque no siempre identificada con los mismos términos equivalentes. En la Comunidad Valenciana se ha aprobado la Ley 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas, que constituye un referente en el tratamiento jurídico de esta materia. En este trabajo se contextualiza dicha Ley dentro de las políticas públicas en torno al derecho de acceso a la vivienda digna. Además, se realiza un análisis reflexivo del régimen jurídico de la vivienda colaborativa en esta Ley autonómica, así como de la naturaleza societaria de la cesión del derecho de uso a favor de los usuarios de esta tipología habitacional.

**PALABRAS CLAVE:** Viviendas colaborativas; coviviendas para mayores; cooperativas; tenencia; derechos de uso.

**ABSTRACT:** *The lack of dignified housing and the search for suitable formulas to enable active population ageing constitute a social concern with significant legal-civil repercussions. Still, it is a topic that has yet to be fully studied. One of the most promoted options by public authorities is the collaborative housing model, also known as “cohousing,” although these terms are not always equivalent. In the Valencian Community, Law 3/2023 of April 13, on collaborative housing, has been approved, serving as a reference in the legal treatment of this matter. The present work contextualises this Law within public policies concerning the right to dignified housing. Additionally, it provides a reflective analysis of the legal regime of collaborative housing in this regional Law and the corporate nature of the transfer of the right of use in favour of the users of this housing typology.*

**KEY WORDS:** *Collaborative housing; cohousing senior; housing cooperatives; tenure; right of use.*

**SUMARIO.- I. CONTEXTUALIZACIÓN.- I. Relación con el derecho de acceso a la vivienda digna.- 2. Políticas públicas en materia de vivienda y regulación autonómica.- 3. La vivienda colaborativa como modalidad de economía colaborativa.- II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VIVIENDAS COLABORATIVAS Y PRINCIPIOS.- III. FORMAS JURÍDICAS DE LAS VIVIENDAS COLABORATIVAS Y RÉGIMEN DE DISFRUTE DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICIPES. LA CESIÓN DE USO DE NATURALEZA SOCIETARIA EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.- IV. CONCLUSIONES. RETOS Y BALANCE FINAL SOBRE LA IMPLANTACIÓN DE LAS VIVIENDAS COLABORATIVAS Y “COHOUSING”.**

## I. CONTEXTUALIZACIÓN.

### I. Relación con el derecho de acceso a la vivienda digna.

El derecho a una vivienda digna es uno de los fundamentos que conforman nuestro Estado de derecho, tal y como es recogido en el artículo 47 de la CE, donde se establece el derecho de todos los españoles a “disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos”<sup>1</sup>.

No obstante asegurar este derecho, se considera cada vez más un desafío a nivel global. La escasez de terrenos, el incremento de los precios, el estancamiento de los sueldos y la inestabilidad laboral son situaciones comunes en todo el mundo que dificultan o incluso imposibilitan, en muchos casos, la realización de un derecho universal: el acceso a una vivienda adecuada. Esta tendencia podría crear un panorama alarmante para 2030, cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) prevé que serán necesarias 96.000 nuevas viviendas por día para

<sup>1</sup> Como se recoge en el Preámbulo de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, Ley 12/2023), el derecho constitucional así reconocido incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (artículo 15 CE), a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE), a la protección de la salud (artículo 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE); derechos, todos ellos, que guardan una relación estrecha con los valores de la calidad de vida –de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental– y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (artículo 10.1 CE). Esta incidencia e imbricación también se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resalta en la doctrina del Tribunal Constitucional, que es receptiva de aquella. Todo lo cual modula, tanto el derecho de propiedad, como la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde el doble punto de vista de la función social que deben cumplir y del interés general, respectivamente (artículos 33.2, 38, 128.1 y 131.1 CE). Y ello sobre el trasfondo de la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (artículo 139.1 CE) en los términos del artículo 14 CE y, en particular, de las personas y grupos sociales en situación de especial desventaja (artículo 48 CE) y los legítimos intereses de consumidores y usuarios, de acuerdo con el artículo 51.1 de la Constitución Española

• **Yolanda Bustos Moreno**

Profesora Titular Derecho Civil, universidad de Alicante. Correo electrónico: bustos@ua.es

alojar a los 3.000 millones de personas que necesitarán un hogar, equivalente al 40% de la población mundial, tema especialmente acuciante en el ámbito urbano<sup>2</sup>.

En el caso de España, de la actual realidad a 2035, el número de hogares en nuestro país aumentará en 1,1 millones, a un ritmo ligeramente superior al observado en los últimos años (73.600 viviendas nuevas al año), debido al incremento de espacios habitables con miembros en edades avanzadas. Estos cambios podrían intensificar las dificultades en el acceso a la vivienda en algunas regiones de nuestro país. La situación afectará, especialmente, a los jóvenes que residan en las grandes ciudades y, en particular, a aquellos con peores condiciones laborales. Sin medidas contundentes orientadas a mejorar las tasas de empleo y las condiciones laborales, el aumento de los precios impedirá que muchos hogares adquieran una vivienda en propiedad. En todo caso, muchas personas no podrán acceder a una vivienda digna y adecuada sin el apoyo del Estado, por lo que se prevé que la demanda potencial de vivienda social en España casi se duplicará en la próxima década, pasando de los 1,5 millones de viviendas necesarias en la actualidad, a 2,6 millones en 2030<sup>3</sup>.

Recientemente, en el “Manifiesto europeo por la vivienda”<sup>4</sup> numerosos proveedores de vivienda pública, cooperativa social, responsables políticos (a nivel europeo y local) así como investigadores, han presentado una serie de propuestas al Parlamento Europeo tendentes a promover un cambio significativo en materia de vivienda digna en la Unión Europea. En definitiva, un nuevo paradigma en la vivienda. Entre las propuestas, se destaca el apoyo a la vivienda pública, cooperativa, social y comunitaria como pilar fundamental de los sistemas nacionales de vivienda<sup>5</sup>. Sin embargo, el Parlamento Europeo ya elaboró una Resolución el

2 Datos aportados en el estudio publicado en: <https://www.iberdrola.com/compromiso-social/cohousing-vivienda-colaborativa>. Puede consultarse sobre “el derecho a la vivienda” lo recogido en el art. XIV de la Carta Mundial de Derecho a la Ciudad, de 2004, disponible en: [https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/AI.1\\_Carta-Mundial-de-Derecho-a-la-Ciudad.pdf](https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/AI.1_Carta-Mundial-de-Derecho-a-la-Ciudad.pdf).

3 Como se recoge en el “Informe España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (coord.), Ministerio de la Presidencia. Madrid 2021, (en adelante, Informe España 2050), pp. 261-262.

4 Presentación del Manifiesto de “Housing Europe: Tres pasos para superar la crisis de la vivienda en Europa” el 29 de enero de 2024, <https://rebive.com/manifiesto-europeo-por-la-vivienda/>.

5 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0020\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0020_ES.html). Asimismo, en el Preámbulo de la Ley 12/2023, se citan las más importantes declaraciones internacionales que recogen el derecho a la vivienda, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948 (art. 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (art. 11.1). Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sigue esta misma línea, reconociendo a lo largo de su articulado la necesidad de garantizar la accesibilidad como presupuesto fundamental para el disfrute de una vivienda adecuada. Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, se hace referencia a la Carta Social Europea de 1961 (reforzado en la Carta Social Europea revisada en 1996). También el art. 19 del Pilar Europeo de derechos sociales, incorpora la vivienda entre los principios y los derechos esenciales para el funcionamiento de los sistemas de bienestar europeo y, por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 (art. 34.3). Por su parte, las Agendas Urbanas internacionales prestan especial atención, también, a la vivienda y, en concreto, la Agenda Urbana Española, alineada con estas y con los objetivos de desarrollo sostenible que proclama

21 de enero de 2021 sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos (2019/2187(INI)). En ella, se solicita a la Comisión y a los Estados miembros que conviertan la vivienda en una de las piedras angulares del plan de acción sobre el PEDS<sup>6</sup>. Además, insta a la Comisión a desarrollar urgentemente una estrategia integrada a escala de la Unión, creando un marco que permita a las autoridades nacionales, regionales y locales garantizar una vivienda de calidad, segura, saludable, accesible y asequible para todos<sup>7</sup>.

## 2. Políticas públicas en materia de vivienda y regulación autonómica.

Con relación a las políticas públicas en materia de vivienda relacionadas con los modelos de viviendas colaborativas, cabe hacer referencia principalmente al Plan Estatal de Vivienda 2022-25, previsto en el Real decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el bono alquiler joven y el Plan estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 (en adelante, Plan Estatal de Vivienda 2022-25)<sup>8</sup>. Cuenta con un programa de fomento de viviendas en alquiler para personas mayores y otro más específico para el modelo “cohousing”, con la intención de incrementar la oferta de este tipo de alojamientos. En concreto, se enumeran los establecimientos de carácter temporal, los modelos “cohousing”, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares, sean tanto de titularidad pública como privada o mixta<sup>9</sup>, aunque no se regulan propiamente estos regímenes; cuestión de la que se ocupan en mayor o menor intensidad ciertas comunidades autónomas. El art. 81 del Plan Estatal de Vivienda 2022-25 determina que: “El

---

la Agenda 2030. Asimismo, la aprobación de la presente ley cumple con el hito establecido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, relativo a la reforma C02.R03 «Ley de Vivienda» recogido en el número 22 del anexo a la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 16 de junio de 2021.

- 6 El Plan Europeo de Desarrollo Sostenible (PEDS) se refiere a un marco de políticas y estrategias adoptado por la Unión Europea para promover el desarrollo sostenible en diversos ámbitos, incluyendo el derecho a la vivienda digna. El PEDS, en este contexto, se alinea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU, particularmente el ODS 11, que busca hacer que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
- 7 Respecto a ciertas medidas emprendidas en España en materia de vivienda, recientemente, se ha aprobado la concesión de avales para vivienda social del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía. Al respecto, véase el capítulo III.
- 8 De forma similar, el precedente “Plan de la vivienda 2018-21” (recogido a través del Real Decreto 106/2018) ya contaba con una mención para los alojamientos en alquiler y en cesión de uso de personas mayores (y de personas con discapacidad), y se destinaban ayudas para personas mayores y a los promotores de estas viviendas (hasta máximo de 400 euros por metro cuadrado). En este plan 2018 las ayudas al cohousing iban dirigidas a las empresas de economía social, cooperativas, y asociaciones y condicionadas a que el receptor del alquiler tenga una renta inferior a 5 veces el IPREM (34.948€/año 2021), y también que los miembros de la cooperativa no tuvieran ninguna vivienda en propiedad, y su patrimonio fuera inferior a los 200.000€. Y supone que el precio del alquiler o de la cesión de uso de la vivienda fuera proporcional a la superficie útil, e igual o superior a 9,5€/m<sup>2</sup> (2018-21) más el coste real de los servicios que disfrute el arrendatario o cesionario.
- 9 Para hacer frente a este Plan la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2022 ha dotado 345 millones€, y durante los próximos años hasta 2025 se incrementarán estas dotaciones hasta alcanzar unos 1717 millones €, como resumen TORTOSA CHULIÁ, M. A. y SUNDSTRÖM, G.: “La Economía Social y el Plan Estatal de Vivienda en apoyo de los alojamientos colaborativos para personas mayores en España”, *Congreso Internacional del CIRIEC*, Valencia, 13-15 junio de 2022, s/n.

objeto de este programa es el fomento de la vivienda cooperativa en cesión de uso y otras soluciones residenciales modelo *cohousing*, alojamientos temporales u otras modalidades similares, destinados al arrendamiento, a la cesión en uso o al disfrute temporal en cualquier régimen admitido en derecho, ya sean de titularidad pública o privada<sup>10</sup>. Como puede observarse, este Programa enumera de una forma bastante amplia y genérica las formas jurídicas bajo las que amparar este régimen de ayudas. Las CC.AA. al venir acogiendo a este Plan Estatal de Vivienda 2022-25, han ido restringiendo en mayor o menor medida las formas bajo las que acogerse al mismo<sup>11</sup>. Canarias, ha regulado escuetamente la vivienda colaborativa, dentro de la tipología de las cooperativas en su reciente Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedad Cooperativas de Canarias (en adelante, Ley 4/2022 de Canarias) declarando que podrán ser destinatarias de ayudas públicas para su implantación y fomento (art. 135.3). Sin embargo, esta Ley canaria permite de forma amplia que la propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y de los locales podrán ser adjudicados o cedidos a las personas socias mediante "cualquier título admitido en derecho", ya sea para el uso habitual o permanente, ya sea para descanso o vacaciones, ya sean destinadas a residencias para personas de la tercera edad o con discapacidad o dependencia" (art. 112.2 segunda parte Ley 4/2022 de Canarias).

La Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible en la Comunidad Foral de Navarra, que modifica la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, declara que el apartado 6 del art. 7 tendrá la siguiente redacción: "Podrán ser objeto de protección pública, a los efectos que se determinen, aquellos alojamientos que constituyan fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la colectiva, como viviendas colaborativas, apartamentos tutelados o alojamientos asistidos para personas que hayan alcanzado los 60 años de edad, personas con algún tipo de discapacidad u otros colectivos cuyas características lo hagan aconsejable". En la región de Murcia la reciente Orden número 140 de 18 de junio de 2024 dispone que, con la finalidad de impulsar la promoción de modalidades residenciales, destinadas a alquiler o cesión de uso a precios asequibles, tipo "cohousing", en el ámbito territorial de la Región de Murcia, se deciden incorporar normativamente las condiciones de selección de las propuestas de actuación en los programas del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, regulador del Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025. Y respecto a Galicia, debe traerse a colación la Resolución

10 Como se explica en la exposición de motivos del Plan (apartado IV), para la consecución de sus objetivos, el Plan Estatal de acceso a la vivienda 2022-2025 se estructura en diversos programas de ayuda como los Programas de carácter estructural, entre los que se incluyen el 7: Programa de fomento de viviendas para personas mayores o personas con discapacidad, y el Programa 8. Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos "cohousing", de viviendas intergeneracionales y modalidades similares.

11 Para una enumeración de las distintas Resoluciones emitidas por las CC.AA. hasta principios de 2023, véase RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La vivienda colaborativa o cohousing: su oportunidad como nueva forma de habitar*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024 pp. 113 y ss.

de 12 de junio de 2023 de por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones del Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos “cohousing”, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares, del Plan estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 y, en función de ello, se procede a su correspondiente convocatoria, con financiación plurianual, para el año 2023.

Parece claro que en correspondencia con las referidas normas autonómicas, la concerniente a la Comunidad valenciana, se corresponde con la Ley 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas de la Comunidad Valenciana (en adelante Ley 3/2023 CV). Como se declara en su exposición de motivos, “la inexistencia de una regulación autonómica de esta forma de construcción, que haga posible esta modalidad habitacional, así como la existencia de legislación estatal de fomento de la misma, a través del Plan estatal para el acceso a la vivienda para los ejercicios 2022-2025, Real decreto 42/2012, de 18 de enero, motivan la conveniencia de establecer una regulación que haga posible el ejercicio del derecho constitucional a la vivienda”<sup>12</sup>.

Por su parte, pese al esfuerzo de la Ley 12/2023, en aras a establecer medidas para mejorar el acceso a la vivienda, y como se dispone en el art. 1, “las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma en condiciones asequibles, atendiendo al cumplimiento de lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados por España y respetando en todo caso las competencias de las comunidades autónomas y, específicamente, las que tienen atribuidas en materia de vivienda”<sup>13</sup>, la doctrina especializada<sup>14</sup> aporta otras propuestas *de lege ferenda* extraídas del derecho comparado europeo y del

12 A nivel municipal, podemos citar la “Estrategia Urbana de Valencia 2030”, donde se apuesta por fórmulas de vivienda cooperativa para asegurar una vivienda digna, de calidad, sostenible y adaptada a las nuevas necesidades sociales: como la de envejecimiento activo y pleno, o la asequibilidad para jóvenes. Disponible en: <https://fecovi.es/la-vivienda-cooperativa-y-el-cohousingcomo-ejes-de-interes-en-la-estrategia-urbana-de-la-ciudad-de-valencia/>.

13 No obstante, la reciente STC, Pleno, 21 de mayo de 2024, n. 79/2024 (ECLI: ES:TC:2024:79), estimando parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la Ley 12/2023, por invasión de las competencias autonómicas en materia de vivienda, ha declarado inconstitucionales y nulos el art. 16; el contenido del art. 19.3 a partir del inciso “que incluirá, con respecto a las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado, al menos, los siguientes datos”; el tercer párrafo del art. 27.1; el art. 27.3, y la disposición transitoria primera. [https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4slAAAAAAAEAAxB-MQ6AlAwF0NswFIKvHuknZ3Vv5Mc0ATSAnt\\_3NMaw7kSW2LHn0XyoTe8SDrIQOsyZIHWRjlkSSp-QatvrCdM1oXfITHDmm0U7kB3L2BwWHf9xQAAAWKE](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4slAAAAAAAEAAxB-MQ6AlAwF0NswFIKvHuknZ3Vv5Mc0ATSAnt_3NMaw7kSW2LHn0XyoTe8SDrIQOsyZIHWRjlkSSp-QatvrCdM1oXfITHDmm0U7kB3L2BwWHf9xQAAAWKE).

14 ARGUELICH, se refiere a la posibilidad real de gestionar las viviendas vacías, más allá de garantizar su uso habitacional, aunque sería lo deseable (matiza), con medidas de intermediación de la Administración provenientes del Derecho comparado europeo, como las dispuestas en la *Housing Act 2004*, del Reino Unido, en el *Code de la construction et de l'habitation*, de Francia, en Bélgica, en el *Code bruxellois du Logement*, de Bruselas, en el *Code wallon du Logement*, de Valonia, y en el *Vlaamse Wooncode*, de Flandes, por tratarse de un Estado plurilegislativo. De entre las fórmulas expuestas, entiende la citada autora que las formas de gestión más adecuadas serían las previstas en el Reino Unido, porque se han establecido en estadios de intervención de temporales a definitivos, gozan de unas disposiciones muy pormenorizadas —y en ocasiones desarrolladas mediante las denominadas *Housing Orders*—, y han tenido una buena

Informe España 2050 para la mejora del acceso a la vivienda en España, como el “low cost home ownership” del Reino Unido, implementado en 1980; entre cuyas medidas se recoge la propiedad temporal o “shared Ownership”, regulado por el legislador catalán o el arrendamiento social (“Social Rented Housing”)<sup>15</sup>. En el ámbito de la iniciativa privada, es necesario apuntar, entre otras posibilidades, las representadas por las cooperativas de vivienda, siguiendo el modelo “Andel” de Dinamarca, tipología sobre la que centramos nuestra atención en este trabajo.

## 2. La vivienda colaborativa como modalidad de economía colaborativa.

En el Informe España 2050 se considera que “la economía colaborativa” también podría emerger en el mercado de la vivienda de nuestro país. Efectivamente, algunas modalidades de vivienda compartida (como el “cohousing”) pueden ser una alternativa atractiva tanto para jóvenes como para personas mayores, propiciando nuevas formas de convivencia intergeneracional, sin perjuicio de reconocer que la existencia de estos modelos cuenta con ciertos antecedentes que parten de los años 1970, iniciados, en lo fundamental en Dinamarca<sup>16</sup>.

---

implementación práctica y duradera en el tiempo, *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2023, pp. 306, 317 y 335.

- 15 En cuanto a las “Medidas en materia de vivienda como la concesión de avales para vivienda social”, véase el capítulo III del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía. Respecto a dichas medidas y, en concreto, la dispuesta en el art. 86 de la sección primera, que versa sobre los avales para “vivienda social” o “a precio asequible”, se ha indicado que el legislador confunde ambas categorías (y las asimila) respecto del consenso europeo e internacional. Según se explica, las viviendas “a precio asequible” solo están categorizadas en España, y se refieren a aquellas cuya renta o cuota del préstamo hipotecario no supera el 30 % de los ingresos de la unidad familiar; por otra parte, el concepto de vivienda social, utilizado a nivel internacional y por EUROSTAT, alude a aquellas viviendas de titularidad pública que están arrendadas a personas en situación de necesidad habitacional y económica. En este sentido, se dispone la creación de una línea de avales públicos —a cargo de la Administración General del Estado— para incrementar el parque de vivienda en alquiler social o a precio asequible —entendiendo el legislador como asimiladas ambas, ARGELICH COMELLES, C.: “Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía: la vivienda en este Real Decreto-Ley: protección al ocupante sujeto a un procedimiento penal y limitaciones administrativas de derechos a la facultad de exclusión y los derechos de crédito”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2024, 12(1), pp. 239–241, disponible en: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/32035>.
- 16 En la actualidad, se observa una tendencia a limitar el fenómeno de la economía colaborativa a actividades de intercambio de bienes y servicios a través de plataformas tecnológicas. Sin embargo, lo cierto es que la economía colaborativa también posee una modalidad “offline” que no debe ser ignorada y cuyo desarrollo puede proporcionar respuestas adecuadas a cuestiones no solo de naturaleza económica, sino también de carácter medioambiental, social y asistencial. Esto fue destacado por el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la “Agenda Europea para la economía colaborativa” y por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales en la opinión que emitió respecto al mencionado Dictamen, como afirma Martínez Martínez, N.: “La respuesta de la economía colaborativa a la necesidad de vivienda de nuestros mayores. El resurgir del Senior Cohousing a raíz de la crisis del Covid-19 y sus implicaciones jurídico-civiles”, en AA.VV.: *El alojamiento colaborativo: problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 313.

La economía colaborativa es un concepto difuso<sup>17</sup>, a veces incorrectamente empleado y de difícil definición<sup>18</sup>. El término de economía colaborativa suele emplearse indistintamente con otros como el de economía compartida, economía cooperativa, economía entre iguales, economía bajo demanda o consumo colaborativo, aunque deba precisarse que en una parte de algunas de dichas acepciones no subyace la idea fundamental de compartir o colaborar que está implícita en el propio concepto. Dentro de la economía colaborativa se inserta el tradicional concepto de consumo colaborativo, identificado como la interacción entre dos o más personas con el objeto de satisfacer necesidades reales o potenciales. A su vez, el consumo colaborativo puede implicar estilos de vida colaborativos, en la medida que esta modalidad tiene como objetivo no solo el intercambio de productos, sino también la compartición de formas de vida o experiencias vitales entre determinados colectivos. Bajo este contexto, se incluyen las diversas categorías de viviendas colaborativas<sup>19</sup>.

Asimismo, se prevé que a través de plataformas digitales se puedan afrontar los cuidados de larga duración a través de empresas de economía social. Mediante distintas fórmulas jurídicas se comparte la plataforma a través de diferentes grados de colaboración o de integración jurídica, como la franquicia o la cooperativa<sup>20</sup>.

## II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VIVIENDAS COLABORATIVAS Y PRINCIPIOS.

Como se afirma en el seno de la doctrina extranjera<sup>21</sup>, existe una tipología amplia de “vivienda colaborativa” y de “tenencia” desde el momento que la evolución, el estado actual y las finalidades que se pretenden alcanzar con el empleo de estas modalidades habitacionales, no siempre resulta coincidente

17 Siguiendo a la Comisión Europea, el término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; e iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa, {SWD(2016) 184 final}, 2 junio 2016, p. 4.

18 Como se declara por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) en sus Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, en tanto en cuanto aglutina multitud y dispares iniciativas, SAJARDO MORENO, A.: “La vivienda colaborativa: perspectiva teórica”, *Viviendas colaborativas: estado actual en la Comunidad valenciana*, Aula empresocial, Valencia, 2021, pp. 17-18.

19 Siguiendo a SAJARDO MORENO, A.: “La vivienda colaborativa: perspectiva teórica”, cit., p. 18.

20 FARIAS BATLLE, M. y ALFONSO SÁNCHEZ, R.: “Plataformas Digitales para los Cuidados y Entidades de Economía Social”, CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, p. 77.

21 RUONAVAAARA, H.: “Types and forms of housing tenure: Towards solving the comparison/translation problema”, *Scandinavian Housing and Planning Research*, 10 (1), 1993, pp. 3-20.



según los ordenamientos jurídicos. En efecto, a la amplitud de conceptualizaciones con las que se dota a esta idea habitacional<sup>22</sup>, se suma la variedad terminológica existente<sup>23</sup>, aunque el término “cohousing” sea el de mayor predicamento. En definitiva, no nos encontramos ante un tipo definido y único de alojamiento, sino más bien ante una forma de vida en comunidad que, en virtud del régimen civil o mercantil que le resulte aplicable, implicará mayores derechos de disfrute y disponibilidad para las personas beneficiarias con relación a la cesión de su derecho de uso.

En España, estas modalidades (fundamentalmente, cooperativas<sup>24</sup>) vienen reguladas en cuanto a su estatus interno por el derecho civil, como derecho común (vía arrendamientos<sup>25</sup> o, más bien, considerados derechos reales de disfrute (vgr. usufructo), para permitir el aprovechamiento privado de las viviendas por parte de los socios y, en ocasiones, por el art. 396 C.c., con relación a los elementos comunes del edificio, prescrito para las viviendas colaborativas reguladas por la Ley 3/2023 de la CV (véase art. 3.2). Si bien, como exponemos en el siguiente apartado, la cuestión jurídica más delicada se plantea en torno al tipo de “tenencia” sobre la “casa” en particular (ex art. 5.1.a) Ley CV), que va a determinar el conjunto de derechos y obligaciones de estos beneficiarios, partiendo de la circunstancia de que no deriva de una titularidad de un derecho de propiedad ni de arrendamiento entendido como dos partes diferenciadas y (normalmente) con posiciones contrapuestas, como ocurre en el contrato de alquiler regulado por la Ley de arrendamientos urbanos

Pues bien, de la casuística existente en torno a las viviendas colaborativas, podemos extraer que se trata de una comunidad intencional de hogares privados

- 22 Al respecto, se afirma que la literatura existente sobre “cohousing” se caracteriza por un cierto grado de ambigüedad y superposición entre diferentes términos y experiencias, VESTBRO DU, HORELLI L.: “Design for gender equality: the history of co-housing ideas and realities”, *Built Environ.* 2012; 38, pp. 315–35. A pesar de que una gran mayoría de autores emplean el término “cohousing” como un término general para una amplia gama de formas de vivienda colectivamente autoorganizadas, parece que debe dejarse para supuestos que implican “vínculos más fuertes entre las personas”, BECK, A. F. : “What Is Co-Housing? Developing a Conceptual Framework from the Studies of Danish Intergenerational Co-Housing”, *Housing, Theory and Society*, 2019, 37(1), pp. 40–64. Este concepto está en línea con la interpretación de McCamant & Durrent del concepto original danés “Bofaelleskab” (McCAMANT, K., AND C. DURRETT.: *Cohousing: A Contemporary Approach to Housing Ourselves*, Berkeley, CA: Ten Speed Press, 1988.
- 23 Entre otras, “cooperatives” (THOMPSON; SORVOLL & BENGTTSSON), “cohousing” (FALKENSTJERNE BECK), “Community Land Trusts” (THOMPSON), and “habitat participatif” (BRESSON & LABIT), términos recogidos por CZISCHKE, D., CARRIOU, C., & LANG, R. (2020): “Collaborative Housing in Europe: Conceptualizing the Field”, *Housing, Theory and Society*, 37(1), pp. 1–9.. Sobre la situación en Bélgica, Francia y Suiza, puede consultarse recientemente: BERNARD, N. / VER, I.: *Les coopératives d'habitants : conditions de possibilité juridiques d'une formule innovante d'habitat*, Seconde partie: Chapitre IV, 2024, Larcier Intersentia, así como BRESSON, S. Y DEN FLE, S.: “Diversity of self- managed co-housing initiatives in France”, *Urban Research & Practice*, 2015, Vol. 8, n. 1, pp. 5-16.
- 24 Para el relato de algunos casos, véase el documento publicado en <https://www.rtve.es/noticias/20220119/vivienda-colaborativa-vida-comunidad-gobierno/2259260.shtml> donde se indica que el “cohousing” está en una fase embrionaria en nuestro país, con apenas 200 viviendas en distintas cooperativas.
- 25 Respecto a un estudio comparativo entre los sistemas de arrendamiento y viviendas sociales en Dinamarca y Portugal, véase ALVES, “Poles Apart? A Comparative Study of Housing Policies and Outcomes in Portugal and Denmark”, *Housing, Theory and Society*, 2016, 34(2), p. 225.

agrupados en torno a un espacio compartido. Cada uno de los miembros de la comunidad es financieramente independiente, pero comparten la responsabilidad de dirigir el vecindario y todos participan en la toma de decisiones<sup>26</sup>. Existe consenso entre diferentes autores al definir el “cohousing” como una forma de vida comunitaria que contiene una combinación de espacios privados y comunitarios con instalaciones necesarias y actividades comunes autogestionadas, destinadas a la vida cotidiana<sup>27</sup>. En efecto, como dispone expresamente el art. 5.1. Ley CV, estos edificios o conjuntos residenciales de vivienda colaborativa se caracterizan por disponer de tres zonas diferenciadas de uso: “a) Viviendas o dependencias susceptibles de aprovechamiento privado con, al menos, espacios para el desarrollo de las funciones de dormitorio, baño y sala, que serán de uso exclusivo del núcleo de convivencia<sup>28</sup>. (...) b) Espacios o dependencias para uso comunitario previstos para desarrollar algunas de las funciones inherentes al uso residencial y/o la prestación de servicios comunitarios y sociales, tales como cocina, comedor, lavadero, sala de atención sanitaria u otros. c) Elementos comunes del edificio o conjunto residencial, de acuerdo con el artículo 396 del Código civil”.

Entre los objetivos que se pretenden en este tipo de solución colectiva habitacional, destaca la de minorar la precariedad de la vivienda mediante la aceptación de esta modalidad de vida colaborativa, o bien ayudar ante situaciones de vulnerabilidad, como hemos expuesto en el primer apartado<sup>29</sup>. Tras la crisis financiera internacional, bajo estas categorías de edificios o conjuntos residenciales, prima la naturaleza colaborativa de las relaciones que los residentes tienen entre sí, así como la importancia de la calidad de vida, la sostenibilidad ambiental, el contacto social y la implicación de sus integrantes. Más recientemente se han venido a incluir nuevos valores como la asequibilidad<sup>30</sup> y la inclusión social<sup>31</sup>. Es la razón por la que se establece preferentemente un modelo no especulativo en

26 Como se explica en: “Alternativas de vivienda para adultos mayores”, 11 de octubre de 2019, <https://cenie.eu/es/blog/alternativas-de-habitacao-para-adultos-idosos>.

27 CARRERE, J. ET AL.: “The effects of cohousing model on people’s health and wellbeing: a scoping review”, *Public Health Re*, 2020, 41, 22.

28 Continúa especificando: “Todas las unidades privadas tendrán que disponer de salida de humo y al menos un 50 % de las unidades privadas tendrán que disponer de cocina. Así mismo, se procurará que las unidades privadas dispongan de balcón o terraza”.

29 Comisión Europea: “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, *cit.*, p 4.

30 La “affordability” puede traducirse como “asequibilidad” en español. En el contexto del “cohousing”, “asequibilidad” se refiere a la capacidad de las personas para pagar y mantener una vivienda de manera sostenible y accesible económicamente a largo plazo, sin que ésta se convierta en un bien de mercado sujeto a especulación.

31 A los retos más importantes en Europa que se refieren a la asequibilidad, sostenibilidad e inclusión social de la vivienda; se suman en España, el sinhogarismo, la gentrificación, la turistificación, así como el fenómeno conocido como la “España vaciada” o la despoblación de las zonas rurales, NASARRE AZNAR, S.: “Diez aspectos mejorables en la futura Ley de Vivienda que reducirían su inseguridad jurídica”, *Confilegal*, 2022, disponible en <https://confilegal.com/20220221-diez-aspectos-mejorables-en-la-futura-ley-de-vivivenda-que-reduciran-su-inseguridad-juridica/>; ARGELICH COMELLES, C.: “La nueva Ley por el derecho a la vivienda de España en el contexto europeo: Debilidades y fortalezas”, *THEMIS Revista De Derecho*, 2023, (83), 107-119.

España<sup>32</sup>. Sirva de ejemplo la regulación autonómica valenciana donde se prevé que hay que realizar una aportación obligatoria (no superior al 30%) para adquirir la condición de persona socia de la entidad, así como el abono de las cuotas periódicas no retornables y actualizadas (art. 10.8 Ley3/2023 de la CV)<sup>33</sup>.

En cuanto a los sectores poblacionales más fácilmente proclives a adoptar esta modalidad de vida habitacional, se viene demostrando que diferentes grupos sociales o ideológicos se han sentido atraídos por esta forma comunitaria de vida<sup>34</sup>. Entre la población “senior” la vivienda colaborativa se viene impulsando ante los beneficios que se consideran en términos de salud<sup>35</sup>. Se pretende implantar el modelo de “cohousing senior”, como forma de envejecimiento activo frente a las residencias de mayores<sup>36</sup>. De este modo, el art. 135.3.2º de la Ley 4/2022 de Canarias prevé, entre los principios a los que sujeta la cooperativa de vivienda colaborativa, el atender a la “situación de soledad en la vejez y pérdida de salud”<sup>37</sup>.

32 Véase al respecto el art. 86 del Plan Estatal de Vivienda 2022-25 sobre la limitación del precio del alquiler o de la cesión en uso. En la exposición de motivos de la Ley 3/2023 de la CV se declara que el “precio cierto no está sometido a las leyes del mercado”. También el art. 19.7 de la Ley 3/2023 de la CV.

33 Art. 10.8 Ley 3/2023 de la CV: “La persona interesada en adquirir la condición de persona socia de la entidad habrá de realizar, al capital social o fondo social equivalente, una aportación obligatoria que no podrá ser superior al 30 % del coste de adquisición, arrendamiento o promoción del conjunto residencial de viviendas colaborativas. Asimismo, la persona socia deberá abonar las cuotas periódicas no retornables que fijen, en concepto de cesión de uso, los órganos de la cooperativa o asociación, con el objeto de atender los gastos derivados de la financiación, amortización, mantenimiento y mejora de las viviendas y demás instalaciones de la cooperativa o asociación, así como las cuotas no retornables que se fijan para dotar otros fondos y cubrir los demás servicios que pudiera prestar la cooperativa o asociación a sus socios”. Respecto a datos concretos de coste en algunos proyectos, véase <https://www.rttve.es/noticias/20220119/vivienda-colaborativa-vida-comunidad-gobierno/2259260.shtml>

34 Ejemplificando algunas de estas comunidades, puede consultarse <https://cenie.eu/es/blog/alternativas-de-vivienda-para-adultos-mayores>.

35 Hasta la fecha, la evidencia sugiere que la convivencia disminuye el aislamiento en las personas mayores, impacta positivamente en la calidad de vida de los habitantes y beneficia la salud física y mental. Sin embargo, hay menos estudios sobre los efectos en la salud física y mental en poblaciones intergeneracionales y los resultados no parecen claros, se afirma en CARRERE, J., et al.: “The effects of cohousing model on people’s health and wellbeing: a scoping review”, *Public Health Rev* 41, 22 (2020).

36 El art. 6.4 Ley 3/2023 de la CV prevé que: “4. Los edificios deberán prever la existencia de espacios comunes para poder atender posibles necesidades asistenciales en cualquier momento, que deberán ser suficientes para la promoción de la autonomía y emancipación personales de cualquier clase, con los estándares mínimos contemplados en el articulado”. A este respecto, se generarán en la práctica situaciones de difícil delimitación entre el “cohousing senior” y una “residencia cooperativa”, conforme la situación de dependencia vaya aumentando, problemática que plantea RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La vivienda colaborativa*, cit., p. 204. Específicamente sobre el “cohousing senior”, puede consultarse LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional para la promoción del envejecimiento activo. Aspectos sociales y jurídicos”, en *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing (Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social)*, López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J.A: (editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 121-159; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: “La respuesta de la economía colaborativa a la necesidad de vivienda de nuestros mayores. El resurgir del Senior Cohousing a raíz de la crisis del Covid-19 y sus implicaciones jurídico-civiles, en AA.VV.: *El alojamiento colaborativo: problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 321-346; AA.VV.: *Viviendas para personas mayores en Europa. Nuevas tendencias para el siglo XX*, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P (ed): Papeles de la Fundación Pílares para la Autonomía Personal. N.º 3, 2018, en [https://cendocps.carm.es/documentacion/2019\\_viviendas\\_peronas\\_mayores\\_europa.pdf](https://cendocps.carm.es/documentacion/2019_viviendas_peronas_mayores_europa.pdf); VAÑÓ, M. J.: “Vivienda colaborativa y personas mayores”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (33), 2022, 192-219.

37 En concreto, la Ley 4/2022 de Canarias se refiere al “fomento de las relaciones humanas” (incrementando las superficies de interrelación y servicios), así como la “solidaridad ante situaciones de vulnerabilidad y necesidad. En especial, situación de soledad en la vejez y pérdida de salud”, art. 135.3.b) y d).

### III. FORMAS JURÍDICAS DE LAS VIVIENDAS COLABORATIVAS Y RÉGIMEN DE DISFRUTE DE LOS DERECHOS DE LOS PARTICIPES. LA CESIÓN DE USO DE NATURALEZA SOCIETARIA EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.

Las viviendas colaborativas, entendidas como modo especial de comunidad intencional o de vida con relación al uso habitacional, admiten distintas formas jurídicas<sup>38</sup>. Sin embargo, la cooperativa constituye la preferentemente elegida a estos efectos, mediante la atribución en propiedad o, más apropiadamente, como “cesión del uso” tanto en España como en otros derechos<sup>39</sup>. Según exige la Ley valenciana (arts. 3, 10.1 y 17.a. respecto a la de “interés social”) o la Ley 4/2022 de Canarias (art. 133.1)<sup>40</sup>, no podrán tener ánimo de lucro. A su vez, cabe destacar que en la Comunidad Valenciana se ha querido potenciar la base personalista, estableciendo que solo podrán adoptar la forma de “cooperativas no lucrativas”, así como la de “asociación no lucrativa” (art. 3); excluyéndose, por tanto, a posibles fundaciones, condominios o constitución de la propiedad horizontal<sup>41</sup>.

Por otro lado, cabe recordar que el derecho de acceso a una vivienda digna no se agota con facilitar el mismo en concepto único de propiedad, sino que

- 
- 38 La crisis económica internacional ha demostrado que la dicotomía dominio-alquiler, tal y como viene configurada en nuestro sistema jurídico, no está dando una respuesta óptima a las necesidades de vivienda de las familias españolas. En este contexto, la búsqueda de nuevas formas de tenencia inmobiliaria puede articularse por diversas vías. La primera es fomentando el denominado “collaborative housing” o vivienda colaborativa, SIMÓN MORENO, H.: “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?”, *VESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, vol. 134, e69165. Sobre las distintas opciones al margen de lo previsto en la Ley 3/2023 de la CV, puede consultarse, LAMBEA RUEDA, A.: “Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles”, *RCDI*, n. 728, 2011, 3129 y ss. En el Plan Estatal de Vivienda 2022-25 (art. 83) se permite que sean beneficiarias de las ayudas: “c) Las fundaciones, las empresas de economía social y sus asociaciones, cooperativas, incluidas las de autopromoción o autoconstrucción, las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones declaradas de utilidad pública, entidades sin ánimo de lucro y aquéllas a las que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985”.
- 39 Respecto a las características diferentes de las cooperativas según el contexto nacional, puede leerse a CZISCHKE, que declara que en Dinamarca las cooperativas de vivienda ( *andelstanken* ) son asociaciones de propietarios de viviendas cooperativas, en Inglaterra muestran un carácter de movimiento social más fuerte, “Collaborative Housing in Europe”, *cit.* En Dinamarca, el sector de las cooperativas de viviendas representaba en 2012, respectivamente, el 1% y el 6% del parque total de viviendas, NORRIS, M. & WINSTON, N.: “Home-ownership, housing regimes and income inequalities in Western Europe”, *International Journal of Social Welfare*. 2012, 21, pp. 127-138. 10.1111/j.1468-2397.2011.00811.x. Con relación a datos en España, puede consultarse EjePrime: “La vivienda cooperativa despegó en España: crece un 70% en cinco años”, 7 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.ejeprime.com/residencial/la-vivienda-cooperativa-despega-en-espana-crece-un-70-en-cinco-anos.html>.
- 40 Dentro de las “cooperativas integrales”, cuando el objeto sea “la promoción viviendas en régimen de cesión de uso y el resto de actividades económicas, servicios o actividades empresariales están dirigidas a procurar la calidad de vida y la autonomía de las personas usuarias de cualquier edad, podrá incluir en su denominación social la mención de «cooperativa de vivienda colaborativa»”, art. 135.3 Ley 4/2022 de Canarias.
- 41 En la exposición de motivos se declara que, entre los objetivos de carácter jurídico con los que la Ley nace, se encuentra el: “Facilitar la vivienda colaborativa, evitando la existencia de barreras resultantes de la falta de reconocimiento del modelo, para lo cual se considera necesario establecer como requisito, por un lado, que la persona titular de la edificación, ya sea en propiedad o por cualquier otro título jurídico, deba adoptar la forma jurídica de cooperativa o asociación, habida cuenta de que son los principios que inspiran su constitución y funcionamiento los que hacen posible el objetivo de la función social de esta clase de viviendas. Por otro lado, estableciendo un régimen estatutario de los titulares de las viviendas colaborativas, tanto de quien ostenta esta titularidad sobre el edificio como de las personas usuarias.

también puede verse complementado con el propio uso y disfrute del alojamiento o conjunto residencial con independencia del título jurídico subyacente, salvo que la propia Ley lo limite, como ocurre con la Ley 3/2023 de la CV<sup>42</sup>. Se declara explícitamente en la Ley valenciana que se pretende potenciar el modelo de convivencia “de propiedad o posesión compartida”, precisando además en el art. 11.1 que las personas usuarias son cotitulares de la entidad propietaria o poseedora del conjunto residencial. Aunque la cooperativa es la que ostenta la titularidad, bien como propietaria o poseedora del edificio o conjunto residencial donde se ubiquen viviendas colaborativas, estas “serán disfrutadas en régimen de cesión de uso por las personas socias de dicha sociedad”, según determina la disp. final 4<sup>ª</sup><sup>43</sup>. Igualmente, se les otorga el “derecho al uso y disfrute de los elementos y espacios comunes y comunitarios, y a servirse de los servicios que preste la entidad titular, satisfaciendo el precio, canon y costes que establezcan los estatutos sociales”, conforme determina el art. 10.9 Ley 3/2023 de la CV.

Efectivamente, a las personas socias se les adjudica la posesión en régimen “de cesión de uso”, cuya naturaleza se aparta del carácter real típico de esta tenencia colaborativa<sup>44</sup>. Textualmente los arts. 10.3 y 17.b) declaran que: “La cooperativa no puede adjudicar privativamente a las personas socias la propiedad ni ningún derecho real limitado sobre las viviendas o las dependencias susceptibles de uso privado, como tampoco un derecho de superficie sobre estas. Las personas socias y quienes convivan disfrutan del uso regulado por esta ley”. En el inciso 4<sup>º</sup> *in fine* del art. 10 Ley de la CV precisa que: “el derecho de uso derivado de esta cesión es un derecho de naturaleza societaria, de carácter personalísimo, y en ningún caso se podrá configurar como derecho real”<sup>45</sup>.

Se considera un deber el “residir de forma habitual en la vivienda, constituir la vivienda habitual o tener su domicilio por sí mismas o junto a las personas que

42 Pues como se ha afirmado, es una alternativa a la vivienda tradicional y que, pese a no tratarse de un “régimen de propiedad, ni de alquiler, da cumplimiento al derecho constitucional establecido en el art. 47 Constitucional española, el derecho a una vivienda, digna y adecuada, ya que el precepto constitucional no establece que tenga que ser la vivienda en régimen de propiedad”, RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La vivienda colaborativa*, cit., p. 92, siguiendo a Duelo.

43 Por su parte, el art. 13.1 Ley CV declara que: “La entidad titular de las viviendas colaborativas, además de los que, respectivamente, le reconoce la legislación sobre cooperativas o sobre asociaciones y de los reconocidos en el artículo 10 de esta ley, tendrá los siguientes derechos. I. Ser respetada en su derecho de propiedad o posesorio, en su caso, del conjunto residencial en su totalidad, sin perjuicio de la cesión del derecho de uso a favor de las personas que formen parte de la entidad”.

44 Para una exposición de la posible aplicación del arrendamiento o de los derechos reales de usufructo, uso o habitación, véase LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional para la promoción del envejecimiento activo”, cit., pp. 144-147; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: “La respuesta de la economía colaborativa...”, cit., pp. 341-342 y, más recientemente, realizando un resumen de las distintas opciones, pero decantándose a favor del derecho de habitación, FERNÁNDEZ CAMPOS J.A.: *El derecho real de habitación en el Código civil. Una alternativa para el acceso a la Vivienda*, Aranzadi, 2024, pp. 191-197.

45 Sin embargo, el art. 82 del Plan 2022 determina, con relación a la financiación que el destino por un plazo de al menos veinte años al arrendamiento o a la cesión en uso “deberá constar, en todo caso, en nota marginal en el Registro de la Propiedad”.

convivan con la persona usuaria” (art. 12.5 Ley CV)<sup>46</sup> y se les prohíbe transmitir su derecho de uso, en los términos del art. 17.b) y c)<sup>47</sup>. No obstante, sí podrán “ceder, de forma temporal y justificada, su derecho de uso en la forma y con los requisitos previstos en los estatutos sociales y en los reglamentos de régimen interior”, entre los derechos que se les atribuye a las personas usuarias de las viviendas colaborativas en el art. 11 de la Ley valenciana<sup>48</sup>. Aun con todo, esta prerrogativa con posterioridad se ve sustancialmente limitada al disponer el art. 21.1 de la Ley valenciana que: “La Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo de la Generalitat, o entidad pública que la sustituya, podrá afectar el pago del alquiler de la vivienda cuya posesión cedan, los usuarios y las usuarias, mediante título jurídico suficiente, al pago de las cuotas de la vivienda colaborativa que habiten. Dicha vivienda pasará a ser gestionada por la entidad pública y a tener por ello la condición, mientras dure el contrato de cesión, de parte del parque público de vivienda de la Generalitat,

46 Otros deberes se enuncian de este modo en el art. 12 Ley 3/2023 de la CV: “Las personas usuarias, además de los que, respectivamente, les impone la legislación sobre cooperativas o sobre asociaciones y aquellos derivados de esta ley, tendrán los siguientes deberes. 1. Cuidar la vivienda asignada y sus instalaciones, los elementos comunes y todos los bienes que hagan posible la convivencia compartida, como poseedoras de esta. 2. Respetar y cumplir las normas aprobadas por la entidad propietaria del conjunto residencial, así como respetar y cumplir los acuerdos aprobados por los órganos sociales de la entidad titular. 3. Respetar y hacer un uso racional y adecuado, acorde en todo caso con sus características, función y capacidad de servicio, de los bienes de uso común. 4. Hacer las aportaciones que la entidad titular apruebe para adquirir terrenos, costes de urbanización en suelo urbano y urbanizable, construcción o rehabilitación del edificio o conjunto residencial o cualesquiera otros gastos de los iniciales soportados por la entidad. Además de las aportaciones anteriormente mencionadas, las personas socias o asociadas deberán efectuar el pago de las cuotas o cánones periódicos no retornables en concepto de cesión de uso, sin perjuicio del pago de los servicios y suministros que efectivamente contraten con la cooperativa o la asociación, así como la cuota correspondiente en concepto de contribución a los gastos comunes de sostenimiento del edificio o conjunto residencial”. Con relación a las posibles deudas por cuotas impagadas, el art. 17 determina en el apartado d), que: “deberán prever en sus estatutos sociales, la obligación de constituir un fondo de reserva de carácter irreplicable para poder cubrir impagos de cuotas o cánones que se establezcan para satisfacer al menos tres cuotas del préstamo personal o el hipotecario que se pueda constituir sobre el inmueble o sobre el derecho de superficie y que se formalice para satisfacer el coste de construcción del edificio o conjunto residencial. Este fondo podrá ser sustituido por su fondo de reserva obligatorio. Asimismo, los estatutos sociales deberán prever que dicho fondo pueda ser pignorado a favor de la entidad bancaria como forma de garantizar el citado préstamo. e) Los estatutos sociales deberán regular un fondo social de ayuda mutua, que se dotará en función de los resultados anuales, en la cuantía que se determine en los estatutos sociales, con el fin de cubrir los posibles impagos de cuotas o cánones en los que pudiera incurrir alguna persona socia, el cual será destinado a satisfacer el destino que tenía la cuota impagada”.

47 Art. 17.c) Ley CV: “Los estatutos sociales deberán recoger expresamente las prohibiciones contenidas en el artículo 17.1 de esta ley relativas a la prohibición a las personas socias de transmitir el derecho de uso de manera autónoma y desvinculado de la condición de persona socia, sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente de este artículo y a efectuar la división horizontal del edificio”.

48 Art. 11 Ley CV: “Derechos de las personas usuarias. Las personas usuarias, además de aquellos que, respectivamente, les reconoce la legislación sobre cooperativas o sobre asociaciones y de los reconocidos en el artículo 10 de esta ley, tendrán los siguientes derechos. 1. Ser cotitular de la entidad propietaria o poseedora del conjunto residencial. 2. Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y asequible, diseñada y construida para ser usada por todas las personas y libre de inmisiones contaminantes bajo estándares de accesibilidad universal, de forma indefinida o temporal por el tiempo que dure el derecho de posesión en favor de la entidad. 3. Acceder al uso y disfrute de los elementos comunes y comunitarios del conjunto residencial, en la forma, modo y proporción que se establezcan en los estatutos o normas internas, de forma indefinida o temporal por el tiempo que dure el derecho de posesión en favor de la entidad. 4. Ser informado del estado de situación física y jurídica de la vivienda y del resto del conjunto residencial, por parte de quien ostente las facultades de gestión y representación de la propietaria. 5. Participar, en la forma en que se determine por sus estatutos y siguiendo los principios democráticos, desde el momento de proyectarse la actuación, en la planificación, diseño, mantenimiento y gestión de la comunidad que ostente la propiedad del edificio o conjunto residencial. 6. Ceder, de forma temporal y justificada, su derecho de uso en la forma y con los requisitos previstos en los estatutos sociales y en los reglamentos de régimen interior”.

y será destinada a alquiler social en la forma establecida reglamentariamente<sup>49</sup>. Ciertamente, a nuestro entender, el alcance de tal disposición normativa nos presenta serias dudas acerca de si en este caso el legislador podría haber incurrido ante una posible “extralimitación” de competencias<sup>50</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES. RETOS Y BALANCE FINAL SOBRE LA IMPLANTACIÓN DE LAS VIVIENDAS COLABORATIVAS Y “COHOUSING”.

A modo de síntesis a lo ya analizado consideramos que el modelo de vivienda colaborativa puede resultar útil socialmente como un mecanismo más de acceso de la vivienda digna para ciertos colectivos que, de otro modo, no podrían disfrutarla en régimen de propiedad ni a arrendar un inmueble privativamente. No obstante, se sacrifica espacio propio e intimidad, pero se consigue asimismo incrementar la interrelación social al hacer uso comunitario de otras instalaciones y servicios<sup>51</sup>.

Sin embargo, el despegue de esta forma de vida en común necesita, en primer término, una regulación completa de carácter civil *ad hoc*, pues la acomodación de las instituciones existentes, como el usufructo, uso o habitación, pueden suplir ciertas lagunas, pero no dotan de la máxima seguridad jurídica a los usuarios de esta tipología, en la medida que no se trata de un régimen adaptado a la especial naturaleza de la vivienda colaborativa. La solución legislativa más acertada debería

49 Precepto que termina declarando que: “A la finalización del contrato de alquiler será devuelta a su cedente en las mismas condiciones de uso en que le fuera entregada, sin perjuicio del menoscabo derivado del transcurso del tiempo. 2. Las cantidades que reciba el usuario de una vivienda en régimen de cesión de uso por la cesión a la Entidad Valenciana de Vivienda y Suelo de la vivienda que constituía su residencia habitual hasta ese momento, no serán consideradas como renta a los efectos de no superar los máximos legales establecidos para obtener los beneficios del régimen de protección pública”.

50 Disposición adicional primera. “Régimen competencial. La Generalitat es la administración competente para regular la materia de vivienda de forma exclusiva, en los términos establecidos en el artículo 148.1.3.ª de la Constitución española en relación con el artículo 47 del mismo texto legal y el artículo 49.1.9.ª del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, que establece la competencia exclusiva sobre la ordenación del territorio y el litoral, urbanismo y vivienda. Asimismo, es competente para regular el régimen de las cooperativas en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.1.21.ª del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. También tiene competencias en materia fiscal, según el artículo 157.1.a) de la Constitución española, en relación con los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, y el artículo 13.cinco de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, desarrollada por la Ley 13/1996, de 23 de diciembre, de la Generalitat”. Recordemos que el control de rentas por parte de leyes autonómicas ha sido declarado inconstitucional, STC, Pleno, 37/2022, de 10 de marzo de 2022. Recurso de inconstitucionalidad 6289-2020. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-5807](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-5807). Al efecto, ARGELICH COMELLES, declara expresamente que la norma valenciana excede los límites de la regulación de la función social del derecho de propiedad, *Ley por el derecho a la vivienda*, cit., p. 339.

51 Así se desprende de la exposición de motivos del Plan Estatal de Vivienda 2022-25: “El programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos cohousing, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares se diseña para fomentar estas tipologías residenciales (...). Se trata de nuevas modalidades de vivienda en las que los espacios de interrelación ganan superficie a los espacios meramente privativos, lo cual posibilita una mayor integración y relación entre los inquilinos. Desde un sector del movimiento por la vivienda creen que estas iniciativas pueden ser “atractivas”, pero critican que “disfrazan la realidad de la vivienda en este país, que es que la gente no se puede permitir un alojamiento por sí misma”. RTVE <https://www.rtve.es/noticias/20220119/vivienda-colaborativa-vida-comunidad-gobierno/2259260.shtml>. La izquierda lo interpreta como una apología de las corralas del pasado; la derecha, como el regreso de las “comunidades” del bloque soviético, afirma MOHORTE, A. P.: “Cooperativas de mayores frente a residencias: qué es realmente el “cohousing” del Plan de Vivienda”, 15 enero 2022, Xataka, disponible en: <https://www.xataka.com/magnet/cooperativas-mayores-frente-a-residencias-que-realmente-cohousing-plan-vivienda>

ser de carácter estatal, pues la vía autonómica siempre queda afecta a problemas competenciales, a pesar de que la regulación de la vivienda sea competencia exclusiva de las CC.AA. (art. 148.1.3º CE), como hemos señalado. En su conjunto, cabe un juicio positivo a favor de la Ley 3/2023 de la CV analizada, en esta ocasión, en sus aspectos únicamente más esenciales.

Hemos señalado como la “asequibilidad” o “affordability” e inclusión social, constituyen uno de los nuevos objetivos que se pretenden a nivel internacional en la política pública actual de la vivienda, y por ello no solo en el ámbito de nuestro país. La falta de especulación, atributo que se viene exigiendo en esta modalidad habitacional, no constituye *ad initio* una característica universalmente definitoria de la vivienda colaborativa, pero sí se identifica con la “asequibilidad” actual<sup>52</sup>. La ausencia de lucro requerida en esta “nueva” variante del “cohousing” sí podría marcar una desviación del carácter a menudo ligado a las clases medias de estos proyectos de co-vivienda, como ocurrió en otros países años atrás (vgr. Dinamarca)<sup>53</sup>. Ya hemos comentado la necesidad de un desembolso inicial para la constitución de la cooperativa, salvo que se trate de las de carácter social<sup>54</sup>.

La doctrina extranjera<sup>55</sup> plantea diversas medidas para mantener la “affordability”, tal como mantener las rentas de bienes del ente titular de estas residencias colaborativas en común, en cuanto estrategia para la desmercantilización de la vivienda. Sin embargo, esto no es una condición suficiente por sí sola, ya que también depende de las restricciones relativas a la comercialización de los derechos de uso. Además, puede ser necesario establecer normas que prohíban la conversión de la tenencia o la disolución<sup>56</sup>, medidas ya previstas en la legislación autonómica analizada (vgr. art. 16.1.b) de la Ley 3/2023 de la CV<sup>57</sup>.

52 LARSEN, H.G.: “Three phases of Danish cohousing: tenure and the development of an alternative housing form”, *Housing Studies*, 2019, 34(8), p. 1365.

53 Sobre esta cuestión, véase: CZISCHKE, D.: “Collaborative housing and housing providers: towards an analytical framework of multi-stakeholder collaboration in housing co-production”, *International Journal of Housing Policy*, 2018, 18(1), p. 58; ARBELL, Y.: “Beyond Affordability: English Cohousing Communities as White Middle-Class Spaces”, *Housing, Theory and Society*, 2021, 39(4), pp. 442–463.

54 Una relación de posibles inconvenientes que plantea la vivienda colaborativa puede consultarse en Un nuevo marco civil para la vivienda, Nasarre Aznar, S.: *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, 2020, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 619-626.

55 Entre otros, GERBER, J.-D., and J.-F. GERBER.: “Decommodification as a Foundation for Ecological Economics.”, *Ecological Economics*, 2017, 131 (January): 551–556.

56 Como advierte TARLETON, J.: “The Power of Equity: Private Motivations and Public Implications of Dissolving Affordable Housing Cooperatives”, Thesis, Massachusetts Institute of Technology, 2018, <https://dspace.mit.edu/handle/1721.1/118200>

57 Art. 112.2 Ley 4/2022 de Canarias: “Las cooperativas de viviendas podrán enajenar o arrendar a terceros no socios los locales comerciales y las instalaciones y edificaciones complementarias de su propiedad, pero no las viviendas. La asamblea general acordará el destino del importe obtenido por enajenación o arrendamiento de los mismos. 3. Cuando la sociedad cooperativa retenga la propiedad de las viviendas y/o locales, los estatutos establecerán las normas a que han de ajustarse tanto su uso y disfrute por las personas socias como los demás derechos y obligaciones de estas y de la sociedad cooperativa; pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda y/o local con personas socias de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad. 4. Las cooperativas de viviendas podrán acoger sus promociones a los beneficios que otorgan las disposiciones



La “accesibilidad” es otro de los aspectos trascendentales a tener en cuenta. Se trata de un término que puede entenderse en el sentido de garantizar la accesibilidad universal en la edificación, procurando la integración de las personas con algún tipo de discapacidad, cuestión de la que se ocupa el art. 6 y art. 9. k) de la Ley 3/2023 de la CV (exigencias básicas de funcionalidad). A su vez, “accessibility” implica atender a los requisitos para formar parte de estas comunidades, sin caer en las “gated communities”<sup>58</sup>, o como se tacha, con el riesgo de caer en la “exclusividad” a la hora de formar parte de estas comunidades, interés más bien contrapuesto al objetivo inicialmente proyectado en las actuales políticas públicas de vivienda<sup>59</sup>.

---

para las denominadas viviendas protegidas de promoción privada u otras tipologías a las que por ley pudieran tener acceso. Así mismo podrán acogerse a cualquier otro régimen de financiación pública, cumpliendo las obligaciones que como promotora le correspondan según la legislación específica.”

- 58 Sobre esta cuestión, RUIU, M.L.: “Differences between Cohousing and Gated Communities. A Literature Review.” *Sociological Inquiry*, 2014, 84 (2): 316–335.
- 59 BOSSUET quien razona que los derechos de exclusión, encargo y gestión son fundamentales para la evaluación de la vivienda colaborativa en términos de accesibilidad, “Who Owns Collaborative Housing? A Conceptual Typology of Property Regimes”, *Housing, Theory and Society*, 39(2), p. 2111. Sobre esta cuestión, JAKOBSEN, P. & LARSEN, H.G.: “An alternative for whom?.The evolution and socio-economy of Danish cohousing”, *Urban Research & Practice*”, 2019, 12:4, p. 427.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Viviendas para personas mayores en Europa. Nuevas tendencias para el siglo XX*, Rodríguez Rodríguez, P (ed), Papeles de la Fundación Pilares para la Autonomía Personal. N.º 3, 2018, en [https://cendocps.carm.es/documentacion/2019\\_viviendas\\_peronas\\_mayores\\_europa.pdf](https://cendocps.carm.es/documentacion/2019_viviendas_peronas_mayores_europa.pdf).

ALVES, S.: "Poles Apart? A Comparative Study of Housing Policies and Outcomes in Portugal and Denmark", *Housing, Theory and Society*, 2016, 34(2), pp. 221–248.

ARBELL, Y.: "Beyond Affordability: English Cohousing Communities as White Middle-Class Spaces", *Housing, Theory and Society*, 39(4), 2021, pp. 442–463.

ARGELICH COMELLES, C.: *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2023.

ARGELICH COMELLES, C.: "Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía: la vivienda en este Real Decreto-Ley: protección al ocupante sujeto a un procedimiento penal y limitaciones administrativas de derechos a la facultad de exclusión y los derechos de crédito", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 12(1), 2024, pp. 239–241.

BECK, A. F.: "What Is Co-Housing? Developing a Conceptual Framework from the Studies of Danish Intergenerational Co-Housing", *Housing Theory and Society*, 2019, 37:1, pp. 40-64.

BERNARD, N./ VER, I.: *Les coopératives d'habitants: conditions de possibilité juridiques d'une formule innovante d'habitat*, Seconde partie: Chapitre IV, 2024, Larcier Intersentia.

BOSSUYT, D.: "Who Owns Collaborative Housing? A Conceptual Typology of Property Regimes", *Housing, Theory and Society*, 2021, 39(2), pp. 200–216.

BRESSON, S. Y DEN FLE, S.: "Diversity of self- managed co-housing initiatives in France", *Urban Research & Practice*, 2015, Vol. 8, N° 1, pp. 5-16.

CARRERE, J. *et al.*: "The effects of cohousing model on people's health and wellbeing: a scoping review", *Public Health Re*, 2020, 41, 22.

COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una

Agenda Europea para la economía colaborativa", {SWD(2016) 184 final}, 2 junio 2016.

CZISCHKE, D.: "Collaborative housing and housing providers: towards an analytical framework of multi-stakeholder collaboration in housing co-production", *International Journal of Housing Policy*, 2018, 18(1), pp. 55–81.

CZISCHKE, D., CARRIOU, C., & LANG, R.: "Collaborative Housing in Europe: Conceptualizing the Field", *Housing, Theory and Society*, 2020, 37(1), pp. 1–9.

FARIAS BATLLE, M. y ALFONSO SÁNCHEZ, R.: "Plataformas Digitales para los Cuidados y Entidades de Economía Social", CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 2022, n. 41.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: *El derecho real de habitación en el Código civil. Una alternativa para el acceso a la Vivienda*, Aranzadi, 2024.

GERBER, J.-D., & GERBER, J.F.: "Decommodification as a Foundation for Ecological Economics.", *Ecological Economics*, 2017, 131 (January), pp. 551–556.

JAKOBSEN, P. & LARSEN, H.G.: "An alternative for whom?.The evolution and socio-economy of Danish cohousing", *Urban Research & Practice*", 2019, 12:4, pp. 414-430.

LAMBEA RUEDA, A.: "Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles", *RCDI*, n. 728, 2011, pp. 3105-3149.

LARSEN, H.G.: "Three phases of Danish cohousing: tenure and the development of an alternative housing form", *Housing Studies*, 2019, 34(8), pp. 1349–1371.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L. y VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: "Nuevos modelos de hábitat compartido: el proyecto cohousing. Del derecho de propiedad al derecho de uso", *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 38, septiembre-diciembre, 2015, pp. 253-284.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: "Las viviendas colaborativas para mayores como modelo habitacional para la promoción del envejecimiento activo. Aspectos sociales y jurídicos", en *Soluciones habitacionales para el envejecimiento activo: viviendas colaborativas o cohousing (Respondiendo a los cambios demográficos desde la innovación social)*, López de la Cruz, L. y Sánchez Medina, J.A: (editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 121-159.

MCCAMANT, K., and C. DURRETT.: *Cohousing: A Contemporary Approach to Housing Ourselves*, Berkley, CA: Ten Speed Press, 1988.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, N.: “La respuesta de la economía colaborativa a la necesidad de vivienda de nuestros mayores. El resurgir del Senior Cohousing a raíz de la crisis del Covid-19 y sus implicaciones jurídico-civiles”, en AA.VV.: *El alojamiento colaborativo: problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 321-346.

MOHORTE, A. P.: “Cooperativas de mayores frente a residencias: qué es realmente el cohousing del Plan de Vivienda”, 15 enero 2022, Xataka, disponible en: <https://www.xataka.com/magnet/cooperativas-mayores-frente-a-residencias-que-realmente-cohousing-plan-vivienda>

NASARRE AZNAR, S.: *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*, 2020, Tirant lo Blanch, Valencia

NASARRE AZNAR, S.: “Diez aspectos mejorables en la futura Ley de Vivienda que reducirían su inseguridad jurídica”, *Conflegal*, 2022, disponible en <https://conflegal.com/20220221-diez-aspectos-mejorables-en-la-futura-ley-de-vivivenda-que-reducirian-su-inseguridad-juridica/>

OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (coord.): “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo Madrid. Ministerio de la Presidencia. 2021.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *La vivienda colaborativa o cohousing: su oportunidad como nueva forma de habitar*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024.

RUIU, M. L.: “Differences between Cohousing and Gated Communities. A Literature Review.” *Sociological Inquiry* 2014, 84 (2), pp. 316–335.

RUONAVAARA, H.: “Types and forms of housing tenure: Towards solving the comparison/translation problema”, *Scandinavian Housing and Planning Research*, 1993, 10(1), pp. 3–20.

SAJARDO MORENO, A.: “La vivienda colaborativa: perspectiva teórica”, *Viviendas colaborativas: estado actual en la Comunidad valenciana*, Aula empresocial, Valencia, 2021, pp. 13-65.

SIMÓN MORENO, H.: “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, vol. 134, e69165.

TORTOSA CHULIÁ, M. A. y SUNDSTRÖM, G.: “La Economía Social y el Plan Estatal de Vivienda en apoyo de los alojamientos colaborativos para personas mayores en España”, *Congreso Internacional del CIRIEC*, Valencia, 13-15 junio de

2022, s/n <https://sirdoc.ccyf.es/Biblioteca/Dosieres/DL199Residencias/pdfs/WEB-AlojamientosColaborativos.pdf>.

VAÑÓ , M. J.: "Vivienda colaborativa y personas mayores", *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (33), 2022, pp. 192–219.

VESTBRO DU, HORELLI L.: "Design for gender equality: the history of co-housing ideas and realities", *Built Environ*, 2012; 38, pp. 315–35.

IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER JUDICIAL: ¿FICCIÓN  
O REALIDAD?

*GENDER EQUALITY AND THE MAGISTRATURE: FICTION OR  
REALITY?*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 710-729*

Virginia PARDO  
IRANZO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 1 de marzo de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de abril de 2024

**RESUMEN:** El principio de igualdad entre hombres y mujeres viene recogido en la constitución y desarrollado en leyes tan importantes como la LO 3/2007. Sin embargo, la realidad muestra que en la sociedad siguen existiendo desigualdades relativas al género. El artículo muestra como en el Poder Judicial todavía subsiste un techo de cristal que dificulta a las mujeres a alcanzar los puestos más importantes. Y, lamentablemente, éste no es más que un ejemplo.

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad de género; Poder Judicial.

**ABSTRACT:** *The principle of equality between men and women is included in the constitution and developed in important laws such as LO 3/2007. However, reality shows that gender inequalities still exist in society. The article shows how in the magistrature there is still a glass ceiling that makes it difficult for women to reach the most important positions. And, unfortunately, this is just one example.*

**KEY WORDS:** *Gender equality; magistrature.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN. II. PREMISA: LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO SUPERIOR DE ORDENAMIENTO JURÍDICO.- 1. Fundamento constitucional y desarrollo legislativo.- 2. Promoción y defensa de la igualdad.- III. UN PUNTO DE PARTIDA NECESARIO: VISIÓN GENERAL DEL PODER JUDICIAL.- 1. Los órganos jurisdiccionales.- 2. El acceso a la Carrera Judicial.- 3. Los/as Presidentes/as del TS y del TSJ.- IV. LA MUJER DENTRO DEL PODER JUDICIAL: CUANDO LA ESTADÍSTICA NOS ATERRIZA EN LA REALIDAD.- V. CARRERA JUDICIAL Y PLAN DE IGUALDAD: ¿UN BINOMIO IMPERFECTO?- 1. La Comisión de igualdad y los Planes de Igualdad.- 2. Del techo de cristal a la brecha salarial.- VI. EPÍLOGO: HACIA UNA IGUALDAD TANGIBLE.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

El camino hacia una Justicia social está construido con valores como la igualdad, la libertad o la justicia. Estas garantías son anunciadas por la propia Constitución como las superiores del ordenamiento jurídico y por ello se les otorga el lugar privilegiado de estar contenidas en el primero de los preceptos que conforman la norma fundamental. Toda una declaración de intenciones.

La igualdad, en cuanto principio, debe abarcar a todos los colectivos e impregnar los diferentes sectores de la vida, por lo que un análisis global de la misma requeriría de un trabajo considerablemente más extenso. En este estudio nos centramos en un segmento de sus múltiples aristas: en la igualdad de género en un entorno muy concreto, el de la Administración de Justicia y, dentro de ella, en aquella parte que hace referencia a los/as titulares de la potestad jurisdiccional.

El Poder Judicial y el respeto de la igualdad entre hombres y mujeres en relación con él puede ser analizado desde dos puntos de vista: por un lado, en cuanto servicio público -juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- ejercido por los/las titulares de los órganos y jurisdiccionales y, por otro, como derecho fundamental de la ciudadanía de acceder a los Tribunales en plano de igualdad solicitando la tutela efectiva de sus derechos. Nosotros nos ceñimos al primer aspecto, dejando para un momento posterior el análisis del respeto a la igualdad a la hora del ejercicio del derecho de acción.

Con relación a la justicia como servicio público esencial impartido por jueces/zas y magistrados/as nos preguntamos si el ordenamiento jurídico prevé un sistema que trata de la misma manera a hombres y mujeres teniendo tanto los unos como las otras las mismas obligaciones, así como iguales derechos y oportunidades. Metodológicamente revisamos tanto la normativa como los estudios doctrinales existentes sobre la materia, pero también recalamos en los datos estadísticos publicados por el Consejo General del Poder Judicial que arrojan luz sobre la realidad actual. Con todo, nuestra visión es generalista: pretendemos a través

• **Virginia Pardo Iranzo**

Catedrática de Derecho Procesal, Universitat de València. Correo electrónico: virginia.pardo@uv.es



de este ejemplo concreto (el de la situación de la mujer en el Poder Judicial) reflexionar sobre los servicios públicos en su conjunto, sobre si su situación es todavía o no deficitaria de igualdad. Y lo hacemos en clave de evolución, en un mundo en constante movimiento en el que cada vez son más las voces que más allá de la teoría y de los bienintencionados textos legales, reclaman una igualdad real, palpable y tangible.

El género tiene que ver con los atributos, los desafíos y las oportunidades sociales y también con las relaciones asociadas al hecho de ser hombre o mujer. Afecta al reparto de poder en la sociedad y determina lo que se espera, permite y valora de una mujer y de un hombre en un contexto determinado<sup>1</sup>. En la Conferencia mundial de la mujer celebrada en Beijing en 1995 -en la que se aprobó por unanimidad la Declaración y la Plataforma de Acción Beijing- se dio un paso de gigante en el tratamiento de la igualdad. Entre los muchos motivos que avalan esta afirmación destacamos que se propició la incorporación de la perspectiva de género como una herramienta para el diseño, la ejecución y la evaluación de todas las políticas públicas. Huelga decir que hablar de perspectiva de género no es sinónimo de debatir sobre las mujeres sino, más bien, de tener una visión inclusiva<sup>2</sup>, de analizar cómo se conciben los comportamientos de los hombres y de las mujeres en un determinado momento histórico incluyendo los aspectos relativos a las desigualdades y a las relaciones de poder (algo así como una construcción social de la feminidad y de la masculinidad)<sup>3</sup>.

Aunque han pasado casi 30 años desde Beijing la perspectiva de género sigue siendo esencial en nuestros días y no solo en ámbitos como el de la empresa privada sino también en los servicios públicos; solo si nos percatamos de cuál es exactamente la situación actual podremos buscar los mecanismos para alcanzar una verdadera justicia social<sup>4</sup>. En el fondo percibir qué ocurre en nuestra sociedad en este momento nos permitirá diseñar las mejores estrategias para corregir desigualdades.

---

1 *Orientaciones sobre género y estrategias de mediación inclusivas*, Naciones Unidas, 2017, p. 7.

2 *Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 11. En el mismo puede verse un análisis detallado de la relevancia de la perspectiva de género en los derechos humanos.

3 MARKUS, M. y PAULERO, R.: "Perspectiva de género y mediación", *Revista de mediación*, 14 (2), 2021.

4 La igualdad de género es el objetivo de desarrollo general y a largo plazo mientras que la incorporación de una perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos, así como procesos técnicos e institucionales que se adoptan para alcanzar este objetivo (<https://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>).

## II. PREMISA: LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

### I. Fundamento constitucional y desarrollo legislativo.

La igualdad viene recogida en el ordenamiento jurídico como uno de los principios superiores, esencial en el sistema político y directamente vinculado con la dignidad de la persona<sup>5</sup>. El art. 1 CE consagra la libertad, la justicia, la *igualdad* y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico proscribiendo, en su art. 14, cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Es a los poderes públicos a quienes corresponde promover las condiciones para que la libertad y la *igualdad* sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

Partiendo del mandato constitucional existen diferentes textos legales que contienen preceptos que se refieren a la igualdad entre hombres y mujeres, pero sin duda la norma que de manera más contundente y generalizada la regula es la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. La LO 3/2007 no solo proclama este principio, sino que además, incide en la prevención de conductas discriminatorias previendo políticas activas para hacer efectiva la igualdad<sup>6</sup>. De su articulado interesa destacar varios preceptos:

- El art. tercero cuando afirma que el principio de igualdad de trato “supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”, y ello porque las situaciones finales de desigualdad laboral existentes en muchas ocasiones son consecuencia de esas labores de cuidado -de hijos, padres, etc.- que tradicionalmente la sociedad ha atribuido a la mujer, expulsándola temporal o definitivamente del mercado laboral o relegándola de los cargos directivos y mejor remunerados.

- El art. 4 que erige a la igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico, por lo que debe observarse al interpretar y aplicar las normas.

5 HERNÁNDEZ ANTOLIN, C.: “Los derechos sociales y la igualdad como principio superior del ordenamiento jurídico: su plasmación y planificación”, *I Jornadas sociales de igualdad. Ordenamiento jurídico, discapacidad, accesibilidad, cultura y perspectiva de género*, 8 de marzo de 2021, Publicaciones de Derechos sociales y agenda 2030. Centro de publicaciones, accesible [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/igualdad/docs/jornadas\\_sociales\\_accesible.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/servicio-a-la-ciudadania/igualdad/docs/jornadas_sociales_accesible.pdf), p. 28.

6 Estamos de acuerdo en que, si bien nos falta una igualdad real y efectiva que es lo que en su día buscaba la Ley Orgánica 3/2007, sí que es cierto que a nivel legal somos pioneros en materia de igualdad no solo en Europa sino a nivel mundial (VÁZQUEZ SELLÁN, M.: “Plan estratégico de Igualdad de Oportunidades”, cit., p. 38).

- Y el art. 15 que bajo la rúbrica “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres” dispone que este principio “informará con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”.

Además de la LO 3/2007 interesa destacar el RDL 6/2019, en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la educación que introduce importantes medidas relativas a la conciliación y a la corresponsabilidad y la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género<sup>7</sup> que pretende luchar contra una lacra producto, entre otros muchos factores, de la situación de desigualdad hombre/mujer en la pareja o expareja.

También la normativa en el ámbito internacional y en el de la UE recoge, como no podía ser de otra manera, este principio jurídico universal. En este sentido y entre otras, el Convenio Europeo de Derechos humanos (art. 14), la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, completada con otras directivas (la 2010/41/UE de 7 de julio de 2010, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental). Igualmente, la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 (ratificación por España en 1983) y las conferencias mundiales de Nairobi (1985) y Beijing (1995) que han contribuido a situar la causa de la igualdad de género en el foco de la política mundial.

No debe olvidarse, para concluir, que las normas deben interpretarse según el sentido de sus palabras en relación con el contexto, antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 CC).

## 2. Promoción y defensa de la igualdad.

El reconocimiento de la igualdad como un principio fundamental ha propiciado la creación, a nivel interno por parte de los distintos Estados y también a nivel

<sup>7</sup> Al respecto debe verse también la reciente Directiva 1014/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

internacional, de organismos cuya finalidad es promover y fomentar la igualdad de género, así como erradicar la discriminación y la desigualdad entre hombres y mujeres. Por otro lado, y una vez producida una violación del derecho a la igualdad, en cualquiera de sus diferentes vertientes, son los órganos jurisdiccionales los encargados de su tutela.

Dentro de los órganos que promueven la igualdad se encuentran el Instituto Europeo de Igualdad de Género, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (CSW), el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las UN para la promoción de la mujer (INSTRAM), la Entidad de Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW), la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) y la Comisión Africana de los Derechos humanos y de los pueblos.

Por su parte la violación del principio de igualdad es tutelada por los órganos jurisdiccionales de los distintos países, aunque también existen órganos jurisdiccionales supranacionales a los que acudir solicitando tutela cuando la misma no se ha obtenido por parte del Estado en el que la violación se produjo. Con competencias diferentes -tanto sobre la materia como respecto de los países sujetos a su jurisdicción- cabe destacar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Penal Internacional.

### III. UN PUNTO DE PARTIDA NECESARIO: VISIÓN GENERAL DEL PODER JUDICIAL. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y EL ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL.

En este apartado pretendemos dar una visión general de los órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial en nuestro país, así como de los diferentes sistemas de acceso a los mismos. Con esos datos estaremos en condiciones de analizar críticamente la situación de la mujer en los distintos juzgados y tribunales<sup>8</sup>.

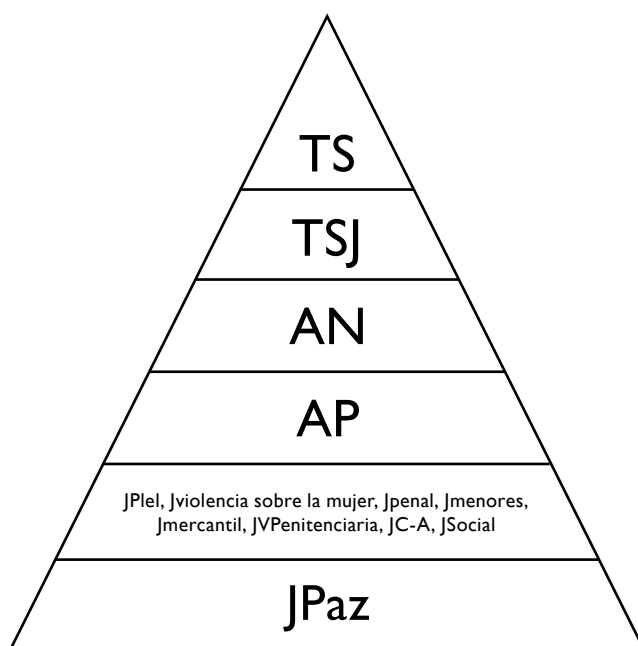
#### I. Los órganos jurisdiccionales.

Los órganos jurisdiccionales son los contenidos en el art. 26 LOPJ. A saber: Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de

<sup>8</sup> Hacemos referencia a los Tribunales ordinarios que son aquellos contenidos en la LOPJ y que se caracterizan porque sus integrantes tienen la condición de técnicos y de carrera (a excepción del juez de paz), forman un cuerpo único, tienen un estatuto jurídico común y están gobernados por el CGPJ. No nos referimos a los Tribunales Especiales constitucionales (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Tribunales Consuetudinarios, Tribunal del Jurado y Tribunales Militares) puesto que las formas de acceder a ellos y sus competencias no son las ordinarias. Para un estudio detallado de los tribunales ordinarios y especiales véase PARDO IRANZO, V.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, 4ª ed., con SANCHIS CRESPO, C., MONTÓN GARCÍA, Mª. L., y ZARAGOZA TEJADA, J., Aranzadi, 2023, pp. 91 y ss.

Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria. Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo.

La competencia para conocer de los diferentes asuntos se atribuye a los mismos atendiendo a criterios diversos como son el territorial, el material o el relativo a la función procesal. En atención a este último hay determinados órganos que conocen de la primera instancia de los asuntos (habitualmente los juzgados, aunque no siempre es así), otros –situados a estos efectos por encima de ellos–, de la conocida como segunda instancia o apelación y otros de los recursos extraordinarios. En este sentido los órganos pertenecientes al Poder Judicial forman una especie de estructura piramidal en cuya cúspide está el Tribunal Supremo que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes –salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales– (art. 123 CE).



A pesar de lo dicho a la hora de juzgar no existen tribunales superiores e inferiores en el sentido de que ejerce la misma “función jurisdiccional” un juez/a de primera instancia que un magistrado/a del TS. Cuando “juzgan” todos los jueces/zas son iguales. Sin embargo, sí hay una característica a tener en cuenta con relación al TS -y a los TSJ en algunos supuestos (derecho foral)-: las sentencias dictadas por el TS crean jurisprudencia y ésta, tal y como establece el art. 1.6 CC, complementa el ordenamiento jurídico debiendo seguirse por el resto de órganos jurisdiccionales, por lo que “los ojos de mujer” son esenciales también en este

órgano jurisdiccional. De hecho, y a efectos de poder recurrir una resolución en casación, se considera que hay interés casacional "cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del TS" (art. 477.3 LEC).

## 2. El acceso a la Carrera Judicial.

La LOPJ recoge diversos sistemas para ingresar en la Carrera Judicial pero su análisis requiere partir del conocimiento de las tres categorías existentes en la Judicatura y ello porque no todos los sistemas permiten el acceso a todas las categorías. La categoría inferior es la de juez/a, la intermedia la de magistrado/a y la superior la de magistrado/a del TS.

El sistema de ingreso en la categoría de juez/a es el de oposición libre (art. 301 LOPJ), mientras que a la categoría de magistrado/a puede accederse por ascenso -ya sea por antigüedad o mediante la realización de pruebas selectivas por las/os juezas/ces- pero también es factible ingresar en la carrera judicial directamente en la categoría de magistrado/a (sin haber sido previamente juez/a) por concurso entre juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio profesional (art. 311 LOPJ).

El último sistema atañe a los magistrados/as del TS y a algunos del TSJ (330 LOPJ): son nombrados discrecionalmente por el CGPJ entre "juristas de reconocido prestigio" con un determinado número de años de ejercicio profesional y con los matices establecidos en los arts. 343 y ss. de la LOPJ<sup>9</sup>. En el TS cuatro de cada cinco plazas vacantes son provistas entre miembros de la carrera judicial y la otra vacante entre abogados y juristas de prestigio. Es decir, de cada 5 vacantes en el TS:

-Una es ocupada por Abogados o Juristas de prestigio y reconocida competencia que hayan desempeñado su actividad profesional al menos durante 15 años y que reúnan méritos suficientes a juicio del CGPJ (art. 343 y 345 LOPJ).

-Cuatro se proveen entre miembros de la Carrera Judicial con 10 años al menos en la categoría de Magistrado y no menos de 15 en la Carrera de y que tengan reconocida competencia (art. 343 LOPJ)<sup>10</sup>.

Interesa recalcar, para que no pase desapercibido, que todos los magistrados del TS son designados discrecionalmente. Según indica el art. 599.1.4ª al Pleno

9 Para un análisis en profundidad véase SANCHIS CRESPO, C.: *Derecho Procesal I*, cit., pp. 109 y ss.

10 De esas cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial corresponderán dos a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil o penal o que las superen ostentando esa categoría, o, en función del orden jurisdiccional, dos a magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social o que pertenezca en este último caso al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo. En este turno se exigirán 15 años en la Carrera y solo cinco en la categoría (art. 344 a LOPJ).

del CGPJ le corresponde “el nombramiento o propuestas de nombramiento y promociones que impliquen algún margen de discrecionalidad o apreciación de méritos”. Así: el pleno del CGPJ propone el nombramiento del Presidente/a del TS y del CGPJ, que es nombrado por el Rey mediante Real Decreto refrendado por el Presidente/a del Gobierno. Igualmente, y mediante Real Decreto refrendado por el ministerio de Justicia, designa a los magistrados del TS y a los presidentes de Tribunales y de Salas.

Con ello no estamos afirmando que el nombramiento sea arbitrario sino simplemente constatando una realidad: el nombramiento se realiza discrecionalmente por el CGPJ entre quienes reúnan unos determinados requisitos. Entre discrecionalidad y arbitrariedad existe el abismo de la legalidad que concurre en el primer supuesto, pero no en el segundo.

### 3. Los/as presidentes/as del TS y del TSJ.

A jueces/zas y magistrados/as les corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional pero el adecuado desempeño de esta labor precisa de una serie de personas u órganos que se encargan de las tareas de administración de todo lo que envuelve al Poder Judicial. Esta actividad, que no es jurisdiccional pero que también es muy importante, va desde pronunciarse sobre la solicitud de permisos o velar por la buena utilización de los locales judiciales y de los medios materiales hasta la resolución de expedientes disciplinarios.

Los órganos de gobierno son variados. El más importante es el CGPJ, pero no es el único. Además de él son órganos gubernativos las salas de gobierno de los órganos colegiados (excepto en las audiencias provinciales), los Presidentes/as de los Tribunales y de las Audiencias, los Presidentes de Salas de justicia y los Jueces Decanos y las Juntas de Jueces<sup>11</sup>.

Vamos a centrar nuestro análisis únicamente, por su importancia, en los Presidentes/as del TS y los TSJ (los órganos que más arriba están en la pirámide mostrada *supra*). En cuanto al primero destacamos dos aspectos:

- Es la primera autoridad judicial de la Nación y ostenta la representación del Poder Judicial y del órgano de gobierno del mismo, correspondiéndole el tratamiento y los honores inherentes a tal condición (art. 585 LOPJ).

- Es nombrado discrecionalmente por el CGPJ (entre quienes hayan presentado su candidatura y reúnan las condiciones establecidas en el art. 586 LOPJ).

De los Presidentes/as de los TSJ interesa igualmente remarcar dos aspectos:

<sup>11</sup> Vid. en profundidad SANCHIS CRESPO, *Derecho Procesal I*, cit., pp. 129 y ss.

-Ostenta la representación del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma Correspondiente, siempre que no concurra el Presidente/a del TS (art. 161 LOPJ).

-Son nombrados discrecionalmente por el CGPJ (art. 599.1.4ª LOPJ).

Si tuviéramos que hacer un símil que mostrara la importancia de estas figuras podríamos decir que el Presidente/a del TS se asimila en cierta medida al del Gobierno y los de los TSJ a los Presidentes/as de las CCAA.

#### IV. LA MUJER DENTRO DEL PODER JUDICIAL: CUANDO LA ESTADÍSTICA NOS ATERRIZA EN LA REALIDAD.

INGRESADOS POR TURNO LIBRE

	Número	Porcentaje	Edad Media
Mujer	126	73,7%	32,2
Varón	45	26,3	31,6
<b>Total</b>	<b>171</b>	<b>100%</b>	<b>32,1</b>

	Rango de edad			
	De 20 a 30	De 31 a 40	De 41 a 50	De 51 a 60
Mujer	21	102	2	1
Varón	14	31	0	0

Tras explicar brevemente cómo se conforman los órganos jurisdiccionales y cuál es el procedimiento para elegir a las figuras que resultan clave dentro del Poder Judicial es el momento de adentrarnos en los datos. Aunque ha llovido mucho desde que Ley 96/1966 de 28 de diciembre, permitiera a las mujeres acceder a las oposiciones de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal -función que les estaba prohibida hasta ese momento<sup>12</sup>-, el informe sobre la estructura de la carrera judicial del CGPJ de 1 de enero de 2024 arroja cifras del año 2023 que resultan llamativas<sup>13</sup>:

El primer dato a tener en cuenta es relativo al acceso a la carrera judicial: el 73,7 % de personas que ingresan por turno libre (oposición) en la carrera judicial son mujeres, frente a un 26,3 % de varones. Debe tenerse presente que estos

12 Antes de 1961 la prohibición era total. A partir de ese año se nos permitió acceder a la función judicial en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral (art. 3.2.c de la Ley 56/1961, de 22 de julio, de derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer).

13 Todos los datos y gráficos en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/>. Un análisis clarificador de la situación de la mujer en la Judicatura en 2005 puede verse en COMAS D'ARGEMIR, M.: "La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la judicatura", <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/709/764>

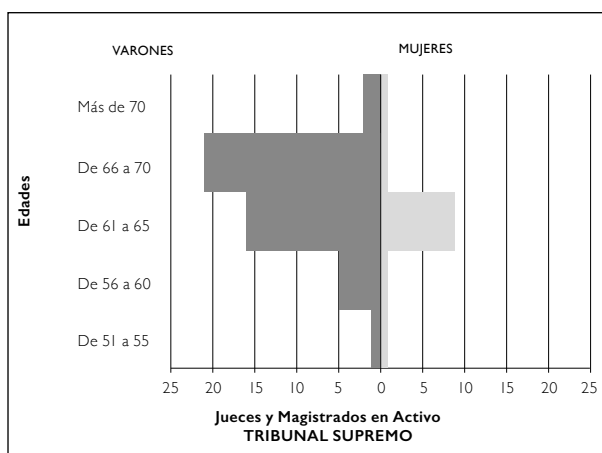


datos de 2023 no son aislados, sino que son una constante en los últimos 15 o 20 años.

Traducidas las cifras al organigrama judicial, eso significa que los órganos jurisdiccionales unipersonales -los juzgados- están mayoritariamente servidos por mujeres, pero la situación cambia considerablemente cuando subimos al pico de la pirámide donde el acceso ya no es por oposición, por concurso o antigüedad, sino que es discrecional. En el TS solo el 21,1 % de sus magistrados/as son mujeres (solo 12) frente al 78,9 % de varones. La primera mujer magistrada del TS fue Milagros Calvo hace solo 22 años -en 2002-.

### DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL POR SEXO

	Rango de edad			Total
	51 a 60	61 a 70	más de 70	
Mujer	14,3%	21,3%	33,3%	21,1%
Varón	85,7%	78,7%	66,7%	78,9%



### Pirámide de Población de los Jueces y Magistrados del Tribunal Supremo


Resulta cuanto menos llamativo que si en los últimos 15 o 20 años alrededor del 70% de personas que ingresan en la carrera judicial son mujeres solo en torno al 20 % consiguen llegar a la primera categoría<sup>14</sup>. Si ya hay mujeres que están en condiciones de ascender al TS ¿qué es lo que determina que no accedan porcentualmente igual a los puestos de designación discrecional?, ¿es que las magistradas no tienen méritos suficientes o reconocida competencia? Si la respuesta a esta última pregunta es

<sup>14</sup> Para finalizar debe advertirse que desde la entrada en vigor de la Ley orgánica 4/2021, que estableció el régimen jurídico aplicable al CGPJ en funciones, no se realizan nombramientos discrecionales, por lo que en los últimos tres años no ha habido incorporaciones al TS.

negativa, como no puede ser de otra manera ¿qué otras circunstancias generan esa disparidad?, ¿podemos hablar de una vulneración del derecho a la igualdad de hombres y mujeres dentro de la magistratura?

A lo anterior hay que añadir otro dato significativo: ninguna mujer ha sido Presidenta del TS, tampoco Vicepresidenta<sup>15</sup>. Actualmente ninguna mujer es presidenta de Sala del TS<sup>16</sup> y de los 17 TSJ solo 2 están presididos por mujeres (frente a los 15 restantes presididos por hombres). El presidente de la AN también es varón. Los datos difícilmente pueden sostenerse a día de hoy ¿No somos las mujeres merecedoras de ostentar la representación del Poder Judicial en el Estado o en la Comunidad Autónoma?

A continuación, datos por género de los nombramientos discrecionales:


CGPJ
SIGOC

Desglose por género de magistradas y magistrados en órganos colegiados					
A fecha: 18/10/2023					
TRIBUNAL SUPREMO	Hombres	%	Mujeres	%	Total
- VICEPRESIDENCIA					
- PRESIDENCIAS DE SALA	4	100,00%			4
- SALA CIVIL	6	85,71%	1	14,29%	7
- SALA PENAL	11	78,57%	3	21,43%	14
- SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	18	78,26%	5	21,74%	23
- SALA SOCIAL	5	62,50%	3	44,44%	8
- SALA MILITAR	3	75,00%	1	20,00%	4
<b>TOTAL</b>	<b>47</b>	<b>78,33%</b>	<b>13</b>	<b>22,58%</b>	<b>60</b>
AUDIENCIA NACIONAL					
- PRESIDENCIA	1	100,00%			1
- PRESIDENCIA SALA PENAL			1	100,00%	1
- PRESIDENCIA SALA CONT. ADMINISTRATIVO	1	100,00%			1
- PRESIDENCIA SALA SOCIAL	1	100,00%			1
- RESTO MAGISTRADAS Y MAGISTRADOS	41	58,57%	29	42,03%	70
<b>TOTAL</b>	<b>44</b>	<b>59,46%</b>	<b>30</b>	<b>41,10%</b>	<b>74</b>
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA					
- PRESIDENCIAS	15	80,24%	2	11,76%	17
- PRESIDENCIAS SALAS CIVIL Y PENAL	16	80,00%	4	20,00%	20
- PRESIDENCIAS SALAS CONT. ADMINISTRATIVO	12	66,67%	6	33,33%	18
- PRESIDENCIAS SALAS SOCIAL	10	52,63%	9	47,37%	19
- RESTO MAGISTRADAS Y MAGISTRADOS	264	58,67%	186	40,98%	450
<b>TOTAL</b>	<b>302</b>	<b>59,57%</b>	<b>205</b>	<b>40,12%</b>	<b>507</b>
AUDIENCIAS PROVINCIALES					
- PRESIDENCIAS	30	78,95%	8	20,51%	38
- RESTO MAGISTRADAS Y MAGISTRADOS	541	55,54%	433	43,48%	974
<b>TOTAL</b>	<b>571</b>	<b>56,42%</b>	<b>441</b>	<b>42,59%</b>	<b>1.012</b>

- 15 El Vicepresidente/a del TS no es nombrado discrecionalmente por el CGPJ sino que lo nombra directamente el Presidente/a del TS.
- 16 La primera mujer presidenta de Sala del TS fue M<sup>a</sup> Luisa Segoviano Astaburuaga que fue nombrada por el Pleno del CGPJ el 30 de septiembre de 2020.

Si hacemos un análisis comparativo global podemos concluir que los juzgados están mayoritariamente servidos por mujeres, en las AP y en la AN hay un equilibrio, respetándose también el 60/40 aconsejable desde la Ley de igualdad en los TSJ, pero esa proporción paritaria entre mujeres y hombres se desploma en el TS. En cifras: a 1 de enero de 2024 la Carrera Judicial estaba integrada por 5.416 jueces/zas y magistrados/as, de los que 3.101 son mujeres, cifra que representa un 57'2 por ciento del total<sup>17</sup>.

#### PORCENTAJE DE MUJERES POR TIPO DE ÓRGANO

	%
TRIBUNAL SUPREMO	21,1%
AUDIENCIA NACIONAL	43,1%
JUZGADO CENTRAL DE LO PENAL ÚNICO	50,0%
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN	16,7%
JUZGADO CENTRAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	33,3%
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA	41,3%
JUECES DE ADSCRICIÓN TERRITORIAL	62,0%
AUDIENCIA PROVINCIAL	44,0%
JUZGADO DE PENAL	67,0%
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	49,8%
JUZGADO DE LO SOCIAL	60,6%
JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA	60,8%
JUZGADO DE MENORES	67,9%
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN	68,6%
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA	62,9%
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN	64,2%
REGISTRO CIVIL EXCLUSIVO ÚNICO	50,0%
JUZGADO DECANO EXCLUSIVO	36,4%
JUZGADO DE LO MERCANTIL	44,2%
JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER	76,6%
<b>Total</b>	<b>57,2%</b>

En todo caso y a nivel global, la presencia femenina en la Carrera Judicial ha aumentado un 7,1 por ciento en la última década siendo ya un 57'2% del total. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son los órganos con mayor presencia femenina y los juzgados de lo contencioso administrativo donde su presencia es menor. Sin embargo, cuando hablamos del órgano más importante la situación

17 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-numero-de-magistradas-en-organos-colegiados-ha-aumentado-en-casi-diez-puntos-en-la-ultima-decada>.

cambia: a pesar de la ley de igualdad de 2007, en el Tribunal Supremo solo hemos pasado del 11,7 % en 2013 a un todavía muy deficitario 21,1 % en 2023.

## V. CARRERA JUDICIAL Y PLAN DE IGUALDAD: ¿UN BINOMIO IMPERFECTO?

### I. La Comisión de Igualdad y los Planes de Igualdad.

El panorama que hemos descrito muestra un Poder Judicial feminizado en la base en el que, sin embargo, preexiste un firme techo de cristal. La situación resulta llamativa principalmente por dos motivos:

Primero, porque existe una Comisión de Igualdad desde has 17 años<sup>18</sup> dentro del CGPJ cuya finalidad es asesorar al Pleno de ese mismo órgano sobre las medidas convenientes para cumplir con el referido principio en las atribuciones del CGPJ, elaborar informes previos sobre el impacto de género de los Reglamentos y proponer medidas para mejorar los parámetros de igualdad en la Carrera Judicial (art. 610 LOPJ).

Segundo, porque también a nivel legislativo se han ido adoptado leyes que suponen avances importantes en materia de igualdad. En este sentido las reformas de la LOPJ en materia de permisos (art. 373) y de formación en igualdad y enjuiciamiento con perspectiva de género (arts. 310, 312.3 y 433 bis 5 LOPJ)<sup>19</sup>.

Y continuamente se siguen adoptando medidas para avanzar en igualdad. En este sentido el Pleno del CGPJ en su reunión de 25 de abril de 2024 ha acordado crear una Red de Especialistas en Igualdad (REI) cuyos integrantes estarán a disposición de los miembros de la Carrera Judicial que lo soliciten para prestarles la asistencia técnica que estimen conveniente en cuestiones directamente relacionadas con la igualdad en el acceso a la justicia, el enjuiciamiento con perspectiva de género, con la igualdad de oportunidades y con cuestiones relacionadas con la conciliación.

A la vista del primer motivo citado, y de la normativa española y de la de la UE sobre la aplicación del principio de igualdad, el CGPJ consideró recomendable elaborar un Plan estratégico que concretara los objetivos, ámbitos y medidas de actuación para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades

18 El 23 de octubre de 2007, cumpliendo el mandato legal se constituyó formalmente la primera Comisión de Igualdad. La LO 4/2014 de 28 de junio sustituyó el artículo 136 bis de la LOPJ por el nuevo art. 610 referido a la citada comisión.

19 El art. 310 LOPJ indica que el temario para el ingreso en las Carreras Judicial y fiscal deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre hombres y mujeres. El 312. 3 exige, para acceder a las pruebas selectivas o de especialización, acreditar haber participado en actividades de formación continua con perspectiva de género. Finalmente, el art. 433. bis 5 señala que el Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos sobre tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la violencia ejercida sobre las mujeres, etc.

entre hombres y mujeres, en particular eliminar cualquier tipo de discriminación hacia la mujer sea cual sea la circunstancia, implementar la perspectiva de género, la corresponsabilidad y la conciliación y corregir en la Carrera Judicial toda forma de discriminación por razón de sexo. El I Plan de igualdad fue aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión de 14 de febrero de 2013.

Algo más de un lustro después el CGPJ estimó oportuno analizar los resultados que el plan de igualdad de 2013 había producido en el Poder Judicial<sup>20</sup>. A la vista de los mismos y ante la falta de avances significativos en igualdad en los cargos de nombramiento discrecional se aprueba por el Pleno del CGPJ, en su sesión de 30 de enero de 2020, el II Plan de igualdad. Sus objetivos generales son a grandes rasgos los siguientes:

-Estudiar el porqué de la situación deficitaria de igualdad a pesar del Plan de 2013.

-Promover la participación igualitaria en los cursos de formación (ya sean online -para facilitar la conciliación- o presenciales) tanto de ponentes como de participantes.

-Fomentar las medidas de corresponsabilidad y de conciliación.

-Implantar un lenguaje no sexista.

-En definitiva, garantizar la plena igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los distintos niveles y ámbitos de la Carrera Judicial

## 2. Del techo de cristal a la brecha salarial.

Sin embargo, a pesar del bien intencionado II plan de igualdad las cifras muestran que falta mucho camino por recorrer. Hemos visto que las mujeres no llegamos arriba. La subsistente presencia de roles atribuidos tradicionalmente a la mujer, entre otros aspectos, condiciona en gran medida que se pueda alcanzar la cima, pero también determina, puesto que ambos factores están anudados, la existencia de una indeseable brecha salarial.

En nuestra sociedad la función de cuidar de los demás miembros de la familia (sean los hijos, los padres, etc.) ha recaído de forma proverbial en las mujeres, hace años de forma exclusiva -en la década de los 60 o 70 del siglo pasado la mayoría de las mujeres se dedicaban a las labores de casa- situación que no cambió tras la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Cuando la mujer accede al

---

20 Uno de los logros que se destacan como resultado del I Plan es que la entrada de mujeres en todas las Salas del TS (incluida la segunda).

mercado laboral su trabajo se duplica puesto que a la ocupación fuera de casa se sigue añadiendo la carga que suponen los cuidados de hijos o padres. De esta manera, cuando ambas funciones resultaban excesivas la solución que quedaba no era otra que solicitar una excedencia por cuidados o una reducción de jornada. A este respecto son también significativos los datos publicados por el CGPJ de los años 2021 y 2022<sup>21</sup>:

#### **DATOS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN**

<b>2021</b>	Artículo Reglamento de la Carrera Judicial	Mujeres	% Mujeres	Hombres	% Hombres	TOTAL
Excedencia por cuidado de hijo		36	97,30%	1	2,70%	37
Excedencia por cuidado de familiar		2	100,00%			2
Licencia retribuida basada en circunstancias excepcionales	236.5	14	100,00%			14
Reducción de jornada	223. e)	3	100,00%			3
Reducción de jornada	223. f)			1	100,00%	1
Reducción de jornada	223. g)	1	100,00%			1
Reducción de jornada	223. h)	2	100,00%			2
		58	96,67%	2	3,33%	60

<b>2022</b> <i>(a fecha 01/09/2022)</i>	Artículo Reglamento de la Carrera Judicial	Mujeres	% Mujeres	Hombres	% Hombres	TOTAL
Excedencia por cuidado de hijo		17	80,95%	4	19,05%	21
Excedencia por cuidado de familiar						
Licencia retribuida basada en circunstancias excepcionales	236.5	17	70,83%	7	29,17%	24
Reducción de jornada	223. e)					
Reducción de jornada	223. f)					
Reducción de jornada	223. g)			1	100,00%	1
Reducción de jornada	223. h)	2	100,00%			2
		36	75,00%	12	25,00%	48

La tabla muestra que las excedencias por cuidado de hijos son solicitadas mayoritariamente por mujeres (80,9 % de mujeres frente a un 19,1 % de hombres). En 2021 solo 1 hombre solicitó una excedencia por cuidado de hijo y 4 si nos fijamos en los datos de 2022.

Esta circunstancia, además de sacar a la mujer del circuito de los ascensos, tiene un evidente impacto salarial. Las retribuciones de los/as integrantes del Poder Judicial

<sup>21</sup> No existen en el momento de redactar estas líneas datos publicados de 2023.

son de diferentes tipos: las básicas se componen por el sueldo y la antigüedad, las complementarias por el complemento de destino (que se cuantifica atendiendo al grupo de población en el que se integra y otras circunstancias vinculadas) y por el complemento específico que remunera la especial responsabilidad, especial formación, complejidad o penosidad. Las retribuciones variables por objetivos están vinculadas al rendimiento individual acreditado.

Durante los años analizados en el II informe se observa que la cantidad percibida de media por las mujeres integrantes de la Carrera Judicial en concepto de retribución variable es inferior a la cantidad percibida de media por los hombres, pese a realizar el mismo trabajo y con el mismo nivel de rendimiento<sup>22</sup>. Ello es debido a que en el número de días retribuidos con salario variable influye el hecho de que en la Carrera Judicial son las mujeres mayoritariamente las beneficiarias de las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional y ello implica ausencia del puesto de trabajo (permiso por riesgo durante el embarazo, por parto, por lactancia y otras para conciliar). De todas formas, debe señalarse que desde 2018 el CGPJ entiende que la ausencia vinculada al embarazo y parto sí da derecho a retribución variable.

El desempeño de puestos gubernativos -presidentes de tribunales, de salas etc.- tiene también un complemento retributivo específico y como hemos visto estos puestos son ocupados mayoritariamente por hombres.

En cuanto a las comisiones de servicios sin relevancia de funciones también tienen atribuida una retribución adicional. Éstas se otorgan por el CGPJ cuando concurren circunstancias de especial necesidad y previa conformidad del interesado (art. 216 LOPJ). Además de la atribución adicional referida a los jueces/zas y magistrados/as en comisión de servicios se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos. Tendrán derecho a la reserva de la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma, a cuyo efecto el tiempo de permanencia en comisión se considerará como de servicios prestados en el destino reservado (art. 350 LOPJ)<sup>23</sup>. En 2017 (últimos datos que constan en la información del CGPJ) 53 se concedieron a mujeres, 112 a hombres.

Finalmente, deben añadirse las excedencia y licencias sin sueldo o reducciones de jornada que son solicitadas mayoritariamente por mujeres

22 <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/La-igualdad-de-genero-en-la-carrera-judicial/Plan-de-Igualdad-de-la-Carrera-Judicial/>, *vid.* II plan de igualdad, pp. 54 y ss.

23 Las comisiones de servicios han sido cuestionadas porque pueden implicar el nombramiento de jueces *ad hoc* permitiendo tratos de favor y discriminaciones. La ausencia de unos criterios objetivos para la designación puede contribuir a las situaciones aludidas. *Vid.* <https://www.hayderecho.com/2022/01/18/las-comisiones-de-servicios-de-los-jueces-quien-tiene-3000-euros/>

## VI. EPÍLOGO: HACIA UNA IGUALDAD TANGIBLE.

Desde el ingreso de la primera mujer en la Carrera Judicial hace algo más de de 50 años -en 1972<sup>24</sup>- hemos avanzado mucho en igualdad a nivel legal -en general y también en el ámbito del Poder Judicial-. Nuestra legislación reguladora de la igualdad en sus diversas vertientes es amplia y se ha considerado pionera en Europa en muchos aspectos. Sin embargo, ese ambicioso marco normativo no ha dado los resultados fácticos esperados.

La incorporación de la mujer a la Carrera Judicial es imparable pero su situación dentro del Poder Judicial adolece todavía en el siglo XXI de un déficit de igualdad que difícilmente debemos aceptar. Los datos reflejan que la mujer alcanza sin problemas aquellos puestos donde los méritos o la antigüedad son los únicos requisitos a tener en cuenta, en cambio cuando entra en juego el criterio de la discrecionalidad son los hombres quienes salen beneficiados. En las plazas relevantes de la cúpula judicial las mujeres seguimos sin estar suficientemente representadas por lo que el criterio de la paridad sigue sin ser una realidad en los puestos que implican mayor poder o un reconocimiento superior.

Hemos visto que para revertir esta situación no es suficiente con tener una legislación adecuada, ni siquiera con contar con planes de igualdad o con una hoja de ruta. Combatir esta situación supone abordar la igualdad desde el punto de vista de la equidad y con una visión integral e integradora, educando en igualdad en el ámbito privado (en el hogar) y en el público -desde la escuela hasta la universidad y más allá-. La educación es la clave o al menos una de ellas.

En cuanto al binomio igualdad-equidad son necesarios unos criterios que permitan fomentar una política de nombramientos en el Tribunal Supremo y en los cargos gubernativos de la Judicatura tendentes a la paridad (vinculados, por supuesto, al criterio legal del mérito y de la capacidad)<sup>25</sup>. Respecto de la educación, a nuestros niños/as y jóvenes se les debe transmitir que no hay funciones que correspondan a un género o a otro, educar en corresponsabilidad en deberes, pero también en derechos y en el respeto hacia el otro -sea hombre o mujer-. Y finalmente es necesario que se siga legislando sobre conciliación. Si los cuidados de hijos o padres siguen recayendo mayoritariamente en las mujeres nos seguiremos encontrando con que la brecha salarial y el techo de cristal siguen siendo una realidad también dentro del Poder Judicial.

24 La primera jueza española fue María Jöver Carrión que tomó posesión como titular del Juzgado de Distrito de Fraga (Huesca).

25 COMAS D'ARTEMIR, M.: "La igualdad de oportunidades", cit., p. 193.



## BIBLIOGRAFÍA.

COMAS D'ARGEMIR, M.: "La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la judicatura", <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/709/764>

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, C.: "Los derechos sociales y la igualdad como principio superior del ordenamiento jurídico: su plasmación y planificación", *I Jornadas sociales de igualdad. Ordenamiento jurídico, discapacidad, accesibilidad, cultura y perspectiva de género*, 8 de marzo de 2021. Ministerio de Asuntos sociales y Agenda 2030. Centro de publicaciones, 2021

MARKUS, M. y PAULERO, R.:

- "Perspectiva de género y mediación", *Revista de mediación*, 14 (2), 2021.
- *Orientaciones sobre género y estrategias de mediación inclusivas*, Naciones Unidas, 2017.

- PARDO IRANZO, V.: *Derecho Procesal I. Jurisdicción, acción y proceso*, 4ª ed., con SANCHIS CRESPO, MONTÓN GARCÍA y ZARAGOZA TEJADA, Aranzadi, 2023.

SANCHIS CRESPO, C.: *Derecho Procesal I, Jurisdicción, acción y proceso*, 4ª ed., con PARDO IRANZO, MONTÓN GARCÍA y ZARAGOZA TEJADA, Aranzadi, 2023.

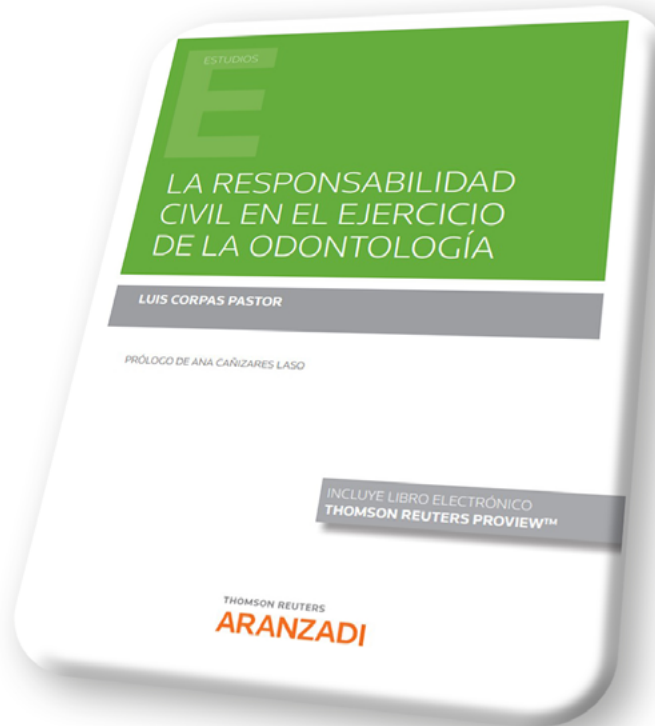
VÁZQUEZ SELLÁN, M.: "Plan estratégico de Igualdad de Oportunidades: pasado presente y futuro", *I Jornadas Sociales de Igualdad*, 8 de marzo de 2021, Ministerio de Asuntos sociales y Agenda 2030. Centro de publicaciones, 2021.



RECENSIONES



CORPAS PASTOR, L.: *Responsabilidad Civil en el ejercicio de la odontología*, Aranzadi. Navarra, 2022.



La presente obra, cuyo autor es Luis Corpas Pastor, aborda de manera profunda y meticulosa la temática de la responsabilidad civil en el ámbito de la odontología.

La investigación, basada en su tesis doctoral titulada “Consentimiento informado e indemnización de daños en responsabilidad odontoestomatológica”, dirigida por la Catedrática de Derecho Civil Ana Cañizares Laso, demuestra la capacidad investigadora y docente del autor en el ámbito del Derecho Civil, especialmente enfocado en el Derecho Sanitario.

La monografía se caracteriza por su enfoque desde la realidad del consentimiento informado, considerándolo un derecho humano fundamental y que el autor utiliza hábilmente como hilo conductor de la misma. El autor respalda sus afirmaciones con una revisión jurisprudencial detallada, incluyendo la evolución de la doctrina de los tribunales superiores y europeos.

El texto se construye en cinco capítulos. En el primero, a partir del análisis del consentimiento informado, regulado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, explora sus elementos y la peculiar relación médico-paciente y que afirma tener un “carácter conformador de la prestación de hacer, diligente e inequívocamente comprometida, ya que distribuye riesgos *ab initio*, trasladándolos al deudor, cuando este omite información legalmente exigible”.

En el segundo capítulo, dedicado a este contrato especialísimo, Corpas Pastor destaca por su habilidad para abordar con sencillez, pero sin perder profundidad, la complejidad de este contrato y otros relacionados con el mismo, y en estas complejas relaciones que describe meticulosamente, sobre el que centrará más adelante la responsabilidad que se deriva por su incumplimiento o por el daño provocado al paciente, casi siempre motivado por un cumplimiento defectuoso del mismo. Es de destacar que el análisis del contrato de tratamiento odontológico se realiza desde una perspectiva singular, integrando no solo las obligaciones entre dentista y paciente, sino también las derivadas de contratos conexos y la responsabilidad en caso de incumplimiento, especialmente cuando hay colaboradores del dentista bajo supervisión.

El tercer capítulo se centra en el régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria, proporcionando una imagen rigurosa de la responsabilidad civil del dentista por incumplimiento o defecto en la prestación de servicios. El autor analiza de manera crítica la doctrina más reciente y la jurisprudencia, ofreciendo una visión actualizada y práctica.

Los dos últimos capítulos se dedican al estudio del daño, abordando tanto su concepto jurídico como la valoración económica del mismo. En casos de incumplimiento contractual, afirma, “el interés positivo del acreedor debe ser restituido a tenor de lo establecido en el artículo 1106 CC”, y dicho interés positivo, “debería alcanzar en el caso del contrato de tratamiento odontológico, la indemnización del daño extrapatrimonial emergente, tanto el daño corporal como resultado del contrato, como el daño moral”, por el singular objeto sobre el cual recae la prestación del deudor. Corpas Pastor destaca por su propuesta de *lege ferenda* en la valoración del daño, mostrando una mirada valiente, crítica y propositiva, para una mejor valoración del daño en este contexto tan singular.

La estructura de la obra, desde la introducción hasta el epílogo, refleja una contundente sencillez y un argumento bien desarrollado, con el artículo 1089 CC como segundo hilo conductor que acompaña al más evidente, el consentimiento informado; constituyendo ambos un sistema axial dentro de esta obra. En la misma, el autor logra combinar la interpretación de la ley existente con aspectos doctrinales contemporáneos a través de referencias consolidadas dentro del área

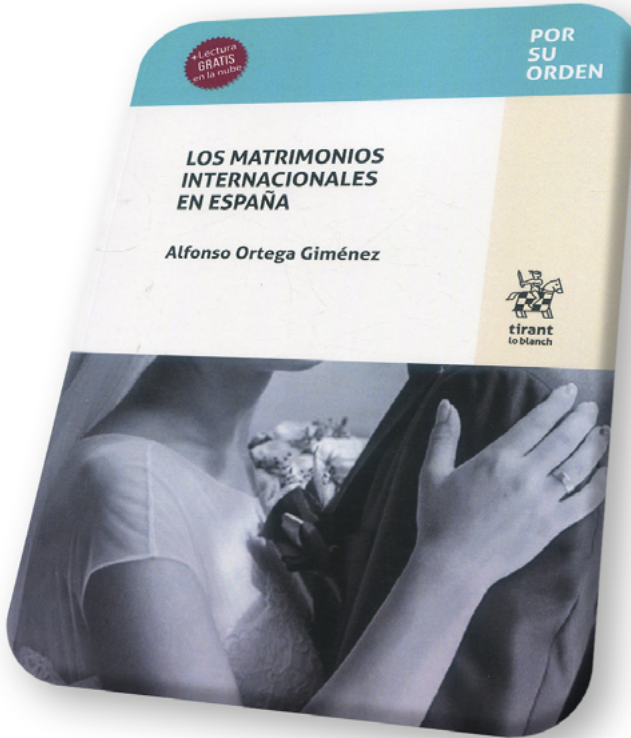
de derecho civil, respaldados por una revisión jurisprudencial detallada, exhaustiva y que aborda las posiciones que han ido adoptando los tribunales hasta hoy.

La redacción del libro se caracteriza por su claridad y concisión, respaldada por un aparato crítico abundante y una bibliografía actualizada, con apoyo en una amplia y muy cuidada jurisprudencia, en la que se puede observar cómo los Tribunales aplican la ley en asuntos reales de responsabilidad civil odontológica.

En resumen, la obra de Luis Corpas Pastor constituye sin duda una contribución significativa al estudio de la responsabilidad civil en el ejercicio de la odontología. Su enfoque interdisciplinario, respaldado por una sólida fundamentación teórica y jurisprudencial, la convierte en una lectura imprescindible para profesionales del derecho, así como para investigadores y operadores jurídicos interesados no solo en la responsabilidad civil odontológica, sino también en la responsabilidad sanitaria en general.

Jesús Palomares Bravo  
Investigador Contratado Posdoctoral de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: *Los matrimonios internacionales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 197 pp.



Como ya he señalado en otros momentos de mi existencia, es un placer profesional tener la oportunidad de reseñar una obra, sobre todo si se trata de un colega de éxito y un experto en la materia.

El tema de los matrimonios mixtos o los matrimonios internacionales es un fenómeno habitual en la sociedad actual donde la globalización es un hecho, la interculturalidad y lo que se conoce como sociedad líquida. Vivimos en un mundo con y sin fronteras a la vez. Por un lado, las naciones y, por otro, la libertad de circulación que permite movimientos a diario y como consecuencia relaciones entre personas de diferentes nacionalidades muchas de las cuales culminan en el matrimonio.

El derecho no es ajeno a esta realidad, de ahí la importancia de trabajos de esta entidad, que permite un acercamiento y una profundización a la problemática, ya que

aborda la cuestión desde varias ópticas, sustantivas y adjetivas, todas contrastadas, con fuentes y apoyadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia; cuestión que facilita al lector especializado en la materia la actualización en sede de matrimonios internacionales.

Téngase además en cuenta que la naturaleza de los matrimonios internacionales afecta a la demografía, la composición de la familia, las categorías básicas del Derecho civil, régimen económico matrimonial, alimentos, custodia, régimen de comunicación y visitas, así como todos los derechos y deberes que se generan como consecuencia del matrimonio y previstos en el Código civil, los llamados efectos económicos y personales sin por ello perder la nota de derecho internacional que tiene el ensayo monográfico que se nos presenta. Razón por la cual es de celebrar el enfoque de la temática con la óptica internacional que presenta su autor el profesor ORTEGA GIMÉNEZ.

La obra está estructurada en varias partes ordenadas de forma sistemática y con la metodología adecuada que permite que el lector se ubique en cada momento en una etapa determinada de desenvolvimiento de los matrimonios internacionales, que tienen además de las complejidades de los matrimonios entre nacionales, las añadidas de legalización, inscripción en el Registro Civil con la nota de elemento extranjero en la relación.

En primer lugar, se analiza la celebración y efectos del matrimonio internacional en España, teniendo en cuenta que éste es un derecho fundamental, analizando el consentimiento y los requerimientos para la validez de la celebración del matrimonio, a tenor de lo previsto en el artículo 57.1 del Código civil. Aportando las normas de referencia y de derecho aplicable a la celebración del matrimonio. Seguidamente se analiza la cuestión registral con vistas a la inscripción del matrimonio, teniendo además en cuenta las reglas de competencia judicial internacional (*vid.* Parte I).

En la Parte II de la monografía se aborda la problemática de los llamados matrimonios blancos o de conveniencia que bajo el ropaje y la utilización de la institución del matrimonio se pretende un efecto distinto al del espíritu de la norma, cuya finalidad es la obtención de la documentación legal para residir y la nacionalidad del país de acogida. Es un tema fascinante, con un gran recorrido jurisprudencial fundamentado en la ausencia de consentimiento matrimonial que constituye uno de los requisitos esenciales previstos en el Código Civil español para la eficacia del matrimonio y causal de nulidad, como bien se conoce.

Resulta de interés no sólo la jurisprudencia actualizada sino la clasificación que expone el autor de las diferentes modalidades de matrimonio de conveniencia, así como la exposición de los indicios que pueden conducirnos a un matrimonio blanco. Cabe señalar y destacar la claridad de la exposición y la aportación de



jurisprudencia actualizada en la materia. Ofrece además el autor las formas “para combatir los matrimonios de conveniencia”.

La Parte III de la obra está destinada a un tema que a pesar de que ha sido abordado históricamente por los expertos en Derecho de familia, las llamadas crisis matrimoniales se hace con un aire contemporáneo y desde el Derecho Internacional privado, señalando los nuevos desafíos jurídicos que la cuestión presenta, que no sólo atañe al vetusto derecho civil, sino también a otras disciplinas como la que ocupa la obra.

La Parte IV de la monografía está destinada al tratamiento de la compensación en caso de separación o divorcio desde la perspectiva del Derecho español privado, destacando cuestiones relevantes y de interés para el aprendizaje y estudio del tema. Ley aplicable, el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones entre otras cuestiones que inciden en los matrimonios, cuando se produce la ruptura definitiva o no tan definitiva.

Estamos en presencia de una obra que denota trabajo de mucho tiempo, experiencia en la disciplina y, sobre todo, perspectiva interdisciplinaria que es una de las grandes virtudes de su autor; aunar, coordinar y presentar trabajos de relevancia ya no sólo desde la teoría, que también lo ha realizado con este trabajo, sino con un bagaje práctico que es lo que se necesita en el ejercicio del derecho, que aporte a los profesionales un pozo bibliográfico y de actualidad.

La frescura y actualidad del trabajo por otra parte merece una sincera felicitación y una recomendación de lectura obligada para los interesados del tema.

En cualquier caso, si bien el matrimonio representa la norma, ya que no deja de ser una institución, con independencia de cualquiera que sea la naturaleza jurídica por la cual se opte, entraña una relación, amor en la mayoría de los casos y un compromiso, razón por la cual es importante que los juristas trabajen sobre él.

Termino estas breves líneas con CORTÁZAR cuando dijo: “Andábamos sin buscarnos pero sabiendo que andábamos para encontrarnos”.

María Elena Cobas Cobiella.  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universitat de València

TUR FAÚNDEZ, C.: *Derecho probatorio de los contratos online automatizados*, Editorial Colex, Madrid, 2024, pp. 200.



La obra objeto de la presente reseña se inserta en el estudio de una de las cuestiones jurídicas más relevantes del siglo XXI: la contratación online, a través de aplicaciones informáticas que constituye, en la actualidad, un fenómeno de masas en constante crecimiento y que ha sido el resultado de una amplia investigación llevada a cabo por su autor durante la realización de su Tesis Doctoral.

Como bien apunta Tur Faúndez, bajo el prisma de la teoría de la equivalencia funcional hay quien puede considerar que el uso de los computadores es instrumental o ancilar del negocio jurídico principal e intrascendente en el plano procesal. En este trabajo, el autor deja claro desde el principio, que se dedica a "evidenciar" que las particularidades de la contratación online automatizada (aquella que se desarrolla a través de aplicaciones web o móviles) genera un patente desequilibrio en favor del proveedor de servicios de la sociedad de la información que es quien dispone de pleno acceso a las fuentes de prueba.

Como se demuestra en el estudio, la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) mantiene una tradición secular por virtud de la cual el documento constituye el elemento sobre el que debe concentrarse el esfuerzo de las partes destinado a la acreditación de los hechos jurídicamente relevantes en el proceso; pero, como afirma el autor, el archivo electrónico presenta características particulares que exigen una regulación específica, más allá de la perspectiva con la que la LEC fue redactada hace ya varios años atrás.

Si a ello se añade que el ciberespacio, como medio natural del documento electrónico, es absolutamente ajeno a territorios y fronteras, nos encontramos con obstáculos legales derivados del sistema de Derecho internacional privado, especialmente en materia de competencia judicial internacional, dada la internacionalidad que atañe a la contratación efectuada en sede digital.

En este contexto se presupone un trabajo interesante y abarcador de una gran cantidad de cuestiones (en siete capítulos) que no decepciona, sino que deja entusiasmado al lector tras entrar en la perspectiva crítica a través de la cual el autor aborda en su Introducción (que también es el primer capítulo de la obra) *“la tiranía de la arquitectura cliente-servidor y su particular relación con los sujetos de la contratación online automatizada”*.

A partir de ahí, el estudio se centra en los capítulos del 3 al 5 en los medios de prueba en el entorno digital con un amplio despliegue tanto técnico como jurídico, para enfocarse en las características del archivo digital como medio de prueba y, por tanto, en su relevancia para el procedimiento según el artículo 299 de la LEC. Especialmente el capítulo 5 contiene un estudio eminentemente práctico sobre el uso de este tipo de prueba en el proceso, llegando a sugerir cómo se ha de aportar y en qué condiciones puede ser impugnado. Ello demuestra el amplio bagaje profesional del autor, tras varios años dedicado al ejercicio de la Abogacía.

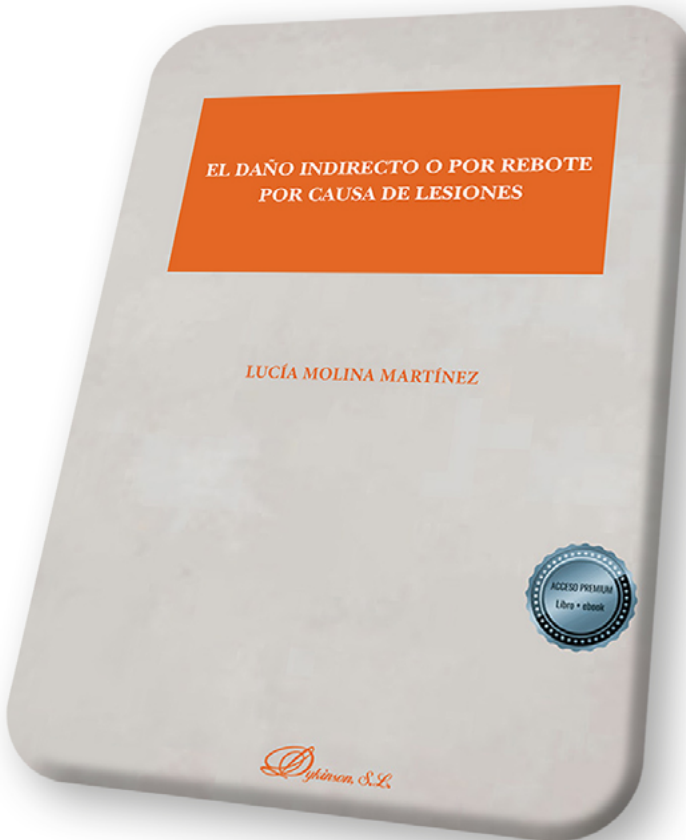
Finalmente, adentrándonos en el capítulo 6 de la obra, el autor conecta con el sistema de Derecho internacional privado, al abordar el carácter transfronterizo de los contratos automatizados, exclusivamente desde la perspectiva de la competencia judicial internacional solamente. Ello se entiende en la medida en que el estudio tiene un marcado enfoque procesal y es en sede judicial, una vez determinada la competencia de la autoridad que conocerá del asunto, donde adquiere protagonismo la prueba digital. Por ello, el capítulo final se dedica a las propuestas de modificación normativa que atañen tanto al régimen sustantivo (Ley General de la Contratación) como al procesal, llegando a proponer una nueva redacción de la Sección 1ª bis, del Capítulo V de la LEC.

Si bien el trabajo carece de un apartado independiente de “conclusiones” en el que encontrar de manera resumida los principales elementos tratados en

cada capítulo, el hecho de que cada uno recoja conclusiones parciales a modo de “recapitulación”, hace que se mantenga el hilo argumental de manera coherente. Por lo que considero que es un estudio muy recomendable, especialmente para los profesionales del Derecho que ejercen la noble profesión de la Abogacía ya que la investigación goza del privilegio de haber sido realizada por quien vive desde dentro la encrucijada procesal de aportar como prueba el documento digital en procedimientos judiciales.

Lerdys Saray Heredia Sánchez  
Profesora Asociada de Derecho internacional privado  
Universidad Miguel Hernández de Elche

MOLINA MARTÍNEZ, L.: *El daño indirecto o por rebote por causa de lesiones*, Dykinson, Madrid, 2023, 454 pp.



Son numerosos los estudios doctrinales que se han realizado sobre el daño, cuestión clásica donde las haya, pero que, lejos de considerarse agotada en los términos de su inicial formulación, ha experimentado una continua y profunda evolución que la siguen situando en el punto de mira del análisis doctrinal y jurisprudencial. Ciertamente, el daño sigue suscitando interés porque, de forma consustancial al avance de la ciencia y de la tecnología, han ido aumentando los supuestos dañinos, en número y en tipología, a los que podemos vernos expuestas las personas, lo que exige ofrecerles desde este campo un tratamiento que permita sentar sus presupuestos esenciales y delimitar sus perfiles. Algunos de los supuestos que despiertan en estos días la atención de la doctrina no son

nuevos ni recientes, llevan, de hecho, conviviendo con nosotros desde hace siglos, pero aún no han sido objeto de un estudio particularizado que permita ofrecer soluciones a los distintos interrogantes que plantea su reconocimiento, lo que, sin duda, ha dificultado su consagración en nuestro Derecho. De una de estas tipologías olvidadas se encarga, precisamente, la monografía que tengo el placer de recensionar, la cual ofrece un estudio completo y riguroso sobre la figura del daño indirecto en el particular supuesto de supervivencia de la víctima inicial, una tipología de daños cuya presencia y relevancia es cada vez más notoria.

El daño indirecto, también identificado por la doctrina con otras denominaciones como daño por rebote, daño reflejo o daño por repercusión, no es una figura de creación reciente en nuestro Derecho ni desconocida por los países de nuestro entorno. De sobra es conocida la producción científica que aglutina el resarcimiento por la muerte de un ser querido a causa de un hecho ilícito y el intenso debate doctrinal que se ha sucedido a lo largo de los siglos a los efectos de determinar el fundamento de dicha indemnización. La figura del daño indirecto, en este sentido, no solo ha despertado la atención de juristas de todas las épocas, sino que ha hallado una generalizada aceptación y un amplio reconocimiento. El principal distintivo de esta monografía es que huye del supuesto paradigmático de la muerte y plantea si el esquema del daño indirecto, en virtud del cual otros sujetos distintos del inicialmente dañado en su integridad corporal son indemnizados, es de aplicación también cuando la víctima inicial sobrevive, resultando en un estado lesionado o incapacitado. A dicha cuestión responde la autora de forma afirmativa desde las primeras páginas, advirtiendo al lector que, a pesar de la escasa atención doctrinal que ha recibido el supuesto, la mayoría de ordenamientos jurídicos contemplan su resarcimiento. Esta respuesta afirmativa es la que justifica y sirve de base a las 454 páginas en las que se estudia de manera autónoma y en profundidad la hipótesis de supervivencia de la víctima, enfoque que dota a la obra de un indudable interés, pues escapa de esa óptica unitaria de la figura que corre el riesgo de ocultar las singularidades del supuesto y llevar a soluciones globales inconsistentes. Este estudio parte, de hecho, de la premisa que la víctima inicial ha sobrevivido y puede solicitar una reparación de su daño, lo que plantea nuevos interrogantes para el derecho de reparación de los perjudicados indirectos que son resueltos por la autora con gran rigor científico mediante la aplicación de soluciones que no necesariamente coinciden con las ya alcanzadas para el caso de fallecimiento.

A mi entender, el estudio autónomo del daño indirecto por causa de lesiones que esta monografía recoge no solo resultaba necesario y justificado en nuestro Derecho, sino que nos llega en un momento clave, en la medida en que la sociedad está experimentando importantes cambios debido a la irrupción de la inteligencia artificial, circunstancia que, sin lugar a dudas, aumentará la importancia y la

incidencia de esta tipología de daños en los próximos años. Buena prueba de ello constituye que la recientemente aprobada Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos ha contemplado expresamente el resarcimiento de las víctimas indirectas en los Derechos nacionales que así lo hayan previsto. El estudio exhaustivo y riguroso que en esta obra se realiza es, a estos efectos, fundamental para sostener la vigencia de la figura en nuestro Derecho, delimitar sus perfiles y ofrecer soluciones tanto a los interrogantes que hasta ahora venía suscitando la figura como a los nuevos desafíos que, a buen seguro, se plantearán en un futuro.

En lo que respecta a la autora, es Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante y actualmente desempeña su labor docente e investigadora en el área de Derecho civil de esta misma Universidad como Profesora Ayudante Doctora LOU. Dentro de su producción científica encontramos diversos trabajos en los que aborda temas de gran actualidad en materia de Derecho de daños, Derecho de la persona y Derecho de las nuevas tecnologías. Debe destacarse, a su vez, su participación, como miembro integrante, en diversos proyectos de investigación estatales y autonómicos centrados en la irrupción de la inteligencia artificial en el Derecho de daños.

Esta monografía es el producto de la tesis doctoral que la autora realizó bajo la dirección del profesor Juan Antonio Moreno Martínez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante, y buen conocedor del Derecho de daños, materia en la que cuenta con varios trabajos de referencia que le convierten en una de las voces más autorizadas al respecto en nuestro país. El profesor Moreno Martínez es, de hecho, quien mejor conoce la figura que trata la autora, pues él mismo la abordó en una monografía publicada en 2012 y sentó unas bases sobre la misma que, sin duda, han enriquecido el trabajo de quien continúa esta labor. En el prólogo a la obra el profesor Moreno defiende con maestría la necesidad de un estudio particularizado de esta tipología de daños y una conveniente adecuación de la misma a la realidad social, advirtiendo al lector de la escasez bibliográfica a la que se enfrenta la autora y de la complejidad de la labor que emprende, lo que no obsta a que la misma sea resuelta con una elevada solvencia mediante la integración de soluciones extranjeras.

Por lo que se refiere al cuerpo del trabajo, la obra consta de tres grandes partes, a su vez subdivididas en dos capítulos, en las cuales se aborda de manera rigurosa y completa todos los aspectos de la figura, desde sus antecedentes normativos hasta su reconocimiento actual, manteniendo un hilo conductor que conecta desde la primera página hasta la última y ofreciendo continuas soluciones y propuestas a la problemática que acompaña a la cuestión.

La primera parte se centra en los antecedentes normativos de la figura y el Derecho extranjero. En el primer capítulo la autora realiza el análisis de las fuentes históricas a los efectos de hallar el cauce de introducción de esta figura en nuestro Derecho. A lo largo de sus páginas, la autora nos ofrece un estudio histórico exhaustivo, así como constantes evidencias que vendrían a situar los primeros vestigios de la figura en el sistema jurídico romano. A partir de ahí, la autora realiza un seguimiento histórico del devenir de la figura, abordando la tradición intermedia y el antiguo Derecho francés, hasta culminar con la etapa codificadora, recorrido que resulta fundamental para el posterior entendimiento del régimen jurídico y el fundamento del daño indirecto por causa de lesiones en la actualidad. Es en la Codificación donde la autora ubica el cauce de introducción de la figura en Europa, advirtiendo que los diferentes códigos dejan una vía abierta a su reconocimiento, ya sea mediante disposiciones específicas, como es el caso de Alemania, ya sea mediante la consagración de un principio general de responsabilidad civil, como es el caso de Francia, Italia y España.

En el segundo capítulo, y en la búsqueda de soluciones que pudieran integrarse en nuestro Derecho, la autora realiza un riguroso examen doctrinal y jurisprudencial de la evolución de la figura en los sistemas jurídicos francés, italiano, alemán y anglosajón. Como el lector podrá constatar, el análisis que aquí se efectúa en modo alguno se limita a la obtención de unos breves apuntes sobre Derecho extranjero, sino que va mucho más allá y nos ofrece una panorámica completa y detallada de la figura desde su aparición hasta nuestros días. Especialmente meritorio resulta, en este sentido, el análisis del *dommage par ricochet* francés y el *danno riflesso* italiano, los cuales son abordados de manera exhaustiva y completa debido a la vasta influencia que han ejercido en la consagración de la figura en nuestro país. El capítulo contiene valiosas aportaciones sobre Derecho extranjero que incitan al estudio y la reflexión, y en él queda claramente de manifiesto la tendencia favorable al reconocimiento de la figura en la jurisprudencia y la doctrina de nuestro entorno. A lo largo del mismo, puede apreciarse la profunda evolución experimentada por esta tipología de daños en los distintos sistemas jurídicos que son analizados, evolución que parece no haber llegado a su fin, como ocurre en el Derecho italiano, donde se detecta el surgimiento, en los últimos años, de una nueva tendencia que adopta el enfoque del *illecito plurioffensivo* y que vendría a suponer el replanteamiento del fundamento y de la esencia de la propia figura. Para finalizar este capítulo, la autora consciente de la influencia que las normas armonizadoras emanadas de los organismos europeos tendrán en el discurrir de la evolución de la figura en el futuro, nos ofrece un análisis de los textos europeos de *soft law* más relevantes en la materia.

La segunda parte de la monografía examina la naturaleza y los presupuestos de la figura en el Derecho español. La autora comienza el tercer capítulo



delimitando conceptualmente esta tipología de daños y justificando la necesidad de una investigación autónoma de la misma. En estas páginas descubrimos que muchas de las dudas que existen sobre el ámbito de aplicación de la figura han surgido por la imprecisión de la terminología empleada, y que la resistencia a su resarcimiento se ha venido justificando con distintos argumentos, entre los que se encuentra el temor a una proliferación de demandas. La autora relata con detalle la cuestión y da razones más que solventes para el empleo en España de la noción de daño indirecto y el reconocimiento de la figura sin restricciones ni sujeción a condicionante alguno. A continuación, realiza un análisis sobre el marco jurídico protector de la figura y su progresivo reconocimiento en España. A tal efecto, se examinan los preceptos que dan cobertura con carácter general a la figura en los distintos sectores, así como el régimen de excepción que opera en el ámbito de los accidentes de circulación. Antes de concluir este capítulo, la autora explora el alcance subjetivo de la figura, realizando una esclarecedora distinción entre los familiares y los terceros, y culmina con una sección dedicada al análisis de la naturaleza jurídica de la acción de daños indirectos, donde se advierte el carácter extracontractual de la misma y que este permanece inmutable al plano, contractual o extracontractual, en el que haya tenido lugar el hecho generador de responsabilidad.

En el cuarto capítulo, se sientan los criterios jurisprudenciales que condicionan en la actualidad el reconocimiento de la figura en nuestro país y que permiten determinar los daños jurídicamente relevantes para ser resarcidos. La autora nos hace saber que dicho ejercicio se ha reconducido en nuestro país a un juicio de discrecionalidad y que la resarcibilidad queda sometida a la apreciación del carácter directo, cierto y personal del daño. Los interrogantes que plantean estas tres exigencias, especialmente en el plano de la causalidad, son resueltos por la autora con solvencia, quien nos ofrece unos criterios claros y precisos que, a buen seguro, servirán a los distintos operadores jurídicos para determinar los daños susceptibles de resarcimiento en la materia. Esta claridad se predica también del estudio que se realiza, a continuación, sobre los criterios delimitadores del hecho lesivo, evidenciándose que, actualmente, se requiere la existencia de una lesión física y/o psíquica de la víctima directa y que esta revista una especial gravedad, sobre todo cuando el perjudicado indirecto invoca haber experimentado un daño moral. A lo largo del estudio de esta cuestión, la autora transmite al lector numerosas propuestas que, sin duda, invitan a la reflexión sobre la extensión de la figura a otros supuestos de supervivencia y, más en particular, a aquellas hipótesis en las que, a pesar de no existir una lesión física o psíquica médicamente constatable, se ha lesionado un derecho de la personalidad o un derecho fundamental de la víctima inicial. Especialmente loable resulta el estudio que la autora realiza, a continuación, sobre la autonomía del daño indirecto con respecto al daño inicial, cuestión que aborda de manera exhaustiva, extrayendo las consecuencias

procesales, procedimentales y sustantivas más importantes que se derivan de la afirmación del principio de autonomía. Dicho principio, a su buen entender, no puede ser afirmado de forma completa en nuestro Derecho, en la medida en que se admite que el responsable pueda oponer al perjudicado indirecto la excepción de concurrencia de culpas de la víctima inicial, por lo que en todo caso se trataría de una suerte de autonomía atenuada. Por último, la autora realiza un estudio de la compatibilidad de las indemnizaciones de los perjudicados indirectos en caso de víctimas con secuelas y fallecimiento subsiguiente, cuestión esta de máxima actualidad en los tribunales españoles y que despierta múltiples interrogantes en el terreno de la reparación.

Finalmente, la tercera parte de la obra se dedica a los daños resarcibles y su valoración, ofreciéndonos una clasificación rigurosa y exhaustiva de las específicas partidas indemnizatorias que integran este daño que es construida en base a la jurisprudencia en la materia y las aportaciones extranjeras. Dada la distinta problemática que se plantea en la esfera moral y patrimonial, así como los diferentes sujetos que podrían verse afectados en cada una de estas esferas, la autora opta por realizar un estudio independiente de cada una de ellas, lo que le permite ofrecer un alto nivel de detalle. A tal efecto, en el capítulo quinto, la autora examina el daño indirecto de carácter patrimonial, reflexionando sobre los distintos supuestos que podrían plantearse en el marco de la figura, para, finalmente, diseñar una clasificación de los diferentes perjuicios desde un prisma novedoso que pone el foco en la alteración de los vínculos económicos existentes entre el perjudicado indirecto y el lesionado. Con el mismo objetivo, en el capítulo sexto, se examina el daño indirecto de carácter no patrimonial, y se agrupan las distintas hipótesis que pueden plantearse en esta sede bajo dos únicas partidas indemnizatorias, el perjuicio de aflicción, que representa las incidencias de índole subjetivo, y el perjuicio de acompañamiento, ya de carácter más objetivo y que alude a la alteración en las condiciones de vida. La clasificación clara, coherente y precisa que en estos dos capítulos se ofrece de los daños resarcibles, así como las constantes pautas que se aportan para el reconocimiento y la valoración de los mismos, constituyen, a mi parecer, un valioso punto de referencia para todos aquellos operadores jurídicos que se planteen interrogantes sobre la aplicación de la figura.

En definitiva, nos encontramos ante una obra científica dogmáticamente enriquecedora y novedosa, resultado del valioso esfuerzo de construcción e integración de la figura de su autora en nuestro Derecho. En este estudio monográfico, la Profesora Molina Martínez realiza, con auténtico rigor científico, la delimitación y configuración de la figura, trae propuestas del Derecho extranjero y suscita ideas de cambio, lo que no solo invita al estudio y reflexión de esta tipología a la doctrina, sino que facilita su aplicación y tratamiento por parte

de los tribunales, dotando de mayor seguridad jurídica a las personas que se ven expuestas a estos daños. Todo ello sitúa a esta obra como una referencia fundamental en el ámbito del Derecho de daños.

José Ramón de Verda y Beamonte  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valencia

