

REAL ACADEMIA ARAGONESA  
DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**ANUARIO**

**2024**



Edita: Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

**Depósito Legal: Z xxxxx**

Imprime: Imprenta Arilla, S.L.

Prolongación Paseo del Muro, 33 - Ejea de los Caballeros (Zaragoza)

# SUMARIO

<b>PRESENTACIÓN DEL ANUARIO .....</b>	7
Ilma. Sra. Doña Natalia Chueca Muñoz, Alcaldesa de Zaragoza	
<b>INSIGNIA DE ORO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE ZARAGOZA ...</b>	9
<b>TITULO DE REAL .....</b>	11
<b>PRESENTACIÓN DEL LIBRO “IN MEMORIAM:</b> Homenaje a los Académicos fallecidos .....	13
<b>DISCURSOS.....</b>	23
<b>EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL</b> Discurso pronunciado por el Excmo. Sr. Dr. D. Juan Francisco Herrero Perezagua, en su ingreso como Académico de Número, el día 2 de julio de 2024.....	25
Contestación a cargo del Académico de Número Excmo. Sr. Dr. D. Angel Bonet Navarro .....	111
<b>CONFERENCIAS.....</b>	129
<b>EL CONFLICTO DE UCRANIA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO</b> Conferencia pronunciada el 18 de marzo de 2024, por el Excmo. Sr. Dr. D. Antonio Blanc Altemir. Académico de Número .....	131
<b>LA ASIGNACIÓN Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA</b> Conferencia compartida Celebrada el 1 de junio de 2024 .....	169
<b>LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA EN CLAVE JURISPRUDENCIAL</b> Por la Excma. Sra. Dra. Doña Aurora López Azcona Académica de Número .....	169
<b>LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL CODIGO CIVIL</b> Por la Ilma. Sra. Doña Ana Clara Belio Académica Correspondiente .....	189

<b>LA REFORMA DEL DERECHO ARAGONÉS EN MATERIA DE EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS</b>	
Conferencia compartida	
Celebrada el 15 de julio de 2024 .....	203
<b>I. PRINCIPIOS INFORMADORES Y RÉGIMEN GENERAL</b>	
Por la Excmo. Sra. Dra. Doña Aurora López Azcona	
Académica de Número .....	203
<b>II. LAS MEDIDAS DE APOYO</b>	
Por el Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra	
Académico de Número.....	215
<b>EL TESTAMENTO DE MARCO POLO</b>	
Conferencia pronunciada el 18 de noviembre de 2024,	
por el Excmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe	
Académico de Número .....	229
<b>DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA. TRATAMIENTO DE LA EUTANASIA EN EL DERECHO ESPAÑOL</b>	
Conferencia pronunciada el 16 de diciembre de 2024,	
por el Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas, Magistrado,	
Expresidente del TSJA.....	261
<b>PREMIOS PARA JURISTAS JÓVENES 2024</b>	
<b>PREMIO DE DERECHO PRIVADO “CASTÁN TOBEÑAS”</b>	
<b>LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA EN PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL</b>	
Autor: Don Alberto Gil Borque .....	289
<b>PREMIO DE DERECHO PÚBLICO “GASCÓN Y MARÍN”</b>	
<b>LA FAMILIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA EN EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA</b>	
Autora: Alina Cardona Cardozo .....	325

## **PRESENTACIÓN**

Aragón es una tierra con una historia jurídica excepcional. Nuestro Derecho civil aragonés es una joya que ha perdurado a lo largo de los siglos, forjado por la convivencia de culturas y la sabiduría de nuestros antepasados. Es un patrimonio inmaterial que nos distingue y nos llena de orgullo, más aún si tenemos en cuenta que vivimos en un mundo donde el cambio es constante y la evolución es inevitable.

De ahí la importancia de este anuario, donde encontrarán un análisis detallado de los eventos y desarrollos más relevantes en el ámbito jurídico y legislativo aragonés durante el último año. Desde cambios en la legislación hasta decisiones judiciales de impacto, estas páginas ofrecen una visión panorámica de la evolución de nuestro sistema legal y de los desafíos que enfrentamos como sociedad.

En Aragón, contamos con una comunidad jurídica excepcional. Desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza hasta los tribunales, pasando por los colegios profesionales, nuestros juristas demuestran día a día su compromiso con la justicia y la defensa de los derechos fundamentales. Su profesionalidad y dedicación son la base de un sistema legal sólido y confiable.

Quisiera aprovechar esta oportunidad para destacar la importancia del diálogo interdisciplinario en la construcción de un sistema legal robusto y adaptado a las necesidades de nuestra sociedad. La colaboración entre juristas, legisladores, académicos y ciudadanos es esencial para promover reformas significativas y para garantizar que las leyes reflejen los valores y principios de justicia que nos guían.

La Academia, como faro de conocimiento y reflexión, tiene un papel crucial y las instituciones, como el Ayuntamiento de Zaragoza que tengo el honor de presidir, debemos seguir trabajando juntos para mantener la confianza de los

ciudadanos en nuestro sistema democrático, garantizando que las instituciones jurídicas sean imparciales y transparentes.

En este contexto, la igualdad ante la ley se configura en uno de los principios fundamentales que sostienen nuestro sistema legal. En una sociedad democrática, todos los ciudadanos debemos ser tratados por igual ante la ley, sin importar el estatus social, económico o político. Este principio es la base de nuestra convivencia pacífica.

La labor de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, como guardianes de nuestro legado jurídico adquiere una gran importancia, pues tiene la responsabilidad de preservar y difundir este patrimonio, recordándonos que el Derecho es más que un conjunto de reglas; es un reflejo de nuestra identidad colectiva y un faro de justicia en nuestra sociedad.

La promoción del estado de derecho no es solo una responsabilidad de los profesionales del derecho, sino de todos los miembros de la sociedad. Al comprender nuestras leyes y participar en su cumplimiento, cada uno de nosotros contribuye a fortalecer los cimientos de nuestra democracia y a asegurar un futuro más justo y equitativo para las generaciones futuras.

Este anuario es más que un registro de eventos; es un testimonio de nuestro compromiso con la excelencia jurídica y la búsqueda constante de la justicia, es por ello que agradezco a todos los que han contribuido a este anuario y los invito a seguir escribiendo nuestra historia jurídica con la misma pasión y responsabilidad que siempre les ha caracterizado.

## **INSIGNIA DE ORO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE ZARAGOZA**

El día 10 de febrero de 2024, en la celebración de la festividad de San Raimundo de Peñafort, patrono de la Universidad de Zaragoza, la Facultad de Derecho concedió a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación la insignia de oro, con la que se distingue a las personas e instituciones que vienen contribuyendo de forma importante al conocimiento y difusión del Derecho.

El Presidente contestó al Decano de la Facultad agradeciendo la concesión en un momento importante para la Academia, cuando está punto de cumplir 30 años desde su constitución en 1995.



Insignia de oro de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Zaragoza



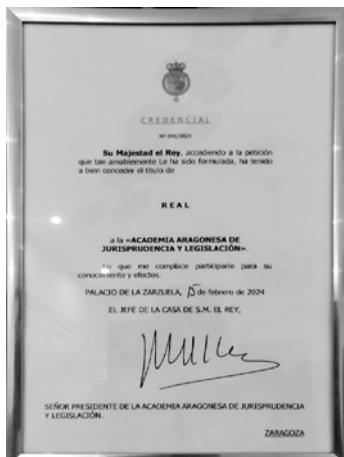
## TITULO DE REAL

Como se ha explicado muchas veces, el antecedente histórico de la actual Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación se encuentra en el Real Acuerdo de Felipe V, de 21 de agosto de 1733, por el que se crea la Academia Jurídico Práctica de la Ciudad de Zaragoza.

Más tarde, Carlos III, por Real Cédula de 1772, le concede el título de real, cambiando su nombre por el de Real Academia Jurídico Práctica Aragonesa.

La actual Academia, como recuperación de la histórica institución, nació por Real Decreto del Gobierno español, de 28 de diciembre de 1985, con el nombre de Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Desde el comienzo de su andadura se tuvo el empeño de conseguir para ella el título de Real, lo que, después de varios intentos, se consiguió el 15 de febrero de 2024, por Real Acuerdo de Felipe VI, como muestra la grabación de la correspondiente credencial.



Fotografía del título enmarcado



## **PRESENTACIÓN DEL LIBRO**

### **“IN MEMORIAM: HOMENAJE A LOS ACADÉMICOS FALLECIDOS”**

El día 23 de septiembre de 2024, en el salón de actos del Colegio Notarial de Aragón, se celebró el acto de presentación del Libro “IN MEMORIAM: Homenaje a los Académicos fallecidos”.

En presencia de casi medio centenar de familiares -viudas, hijos, nietos, hermanos, sobrinos- y de un buen número de amigos de los Académicos homenajeados, el Presidente de la Real Academia, Excmo. Sr. Dr. D. José Luis Merino Hernández, explicó el contenido del libro en los siguientes términos: Se trata de una colección de 17 biografías, correspondientes a los 17 Académicos fallecidos desde la constitución de la Academia, en 1995. Cada una de las biografías ha sido escrita por un Académico actual, con carácter voluntario, eligiendo cada uno la del Académico a biografiar.

Tras una actuación musical, a cargo de la violinista Zukhra Glavcheva, el Presidente tomó la palabra y dijo:

Como muchos de ustedes saben, los Decretos de Nueva Planta de Felipe V de Borbón, de 1707 y 1710, supusieron para Aragón el mantenimiento de sus instituciones civiles, pero sin poder legislar sobre ellas al quedar suprimida la institución de las Cortes y la imposición del Derecho castellano como ordenamiento civil primario.

Ello conllevó la creación, en 1733, por Real Acuerdo del mismo rey, de la Academia Jurídico Práctica de la ciudad de Zaragoza, dedicada, desde entonces, a la enseñanza del Derecho de Castilla y al mantenimiento de los viejos Fueros y Observancias aragoneses. Una misión que dejó de tener la relevancia inicial, ante los nuevos planes de estudio de la Universidad.

En 1989, a propósito de los actos de homenaje al profesor Castán Tobías, por el centenario de su nacimiento, celebrados en Zaragoza y Jaca, su hijo, **Don José María Castán Vázquez**<sup>1</sup> me propuso entonces crear la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, a modo de homenaje permanente a su padre. Acepté el reto, y propuse a varios compañeros la creación de una gestora, encargada de redactar el borrador de los primeros Estatutos de la Academia.

Me consta que Don José María Castán Vázquez, durante seis años, estuvo haciendo las oportunas gestiones, en Madrid, hasta conseguir que, el día 28 de diciembre de 1995, el BOE publicara los indicados Estatutos, poniendo con ello en marcha la actividad de la Academia.

En 1996, José María fue nombrado Académico de Honor de esta Real Academia.

Su biografía ha sido elaborada por quien mejor conocía al homenajeado, su hijo Don José Castán Pérez-Gómez, Académico Correspondiente.

El día 11 de abril de 1991 se firmaba el acta de constitución de la gestora, autorizada por el Notario de Zaragoza, **Don Ambrosio Aranda de Pastor**, conocido entre los amigos como “El Notario de Zuera”, dados los muchos años, 17 en total, que pasó, como fedatario público, en esa localidad zaragozana.

Curiosamente, cuando yo, como opositor, cruzaba los domingos la villa de Zuera, camino del Pirineo aragonés para esquiar en Candanchú, le comentaba a mi compañero: “¡Cuánto me gustaría ser Notario de Zuera”. Y lo fui en 1970. Siguiendo a Ambrosio Aranda, también lo fui, en 1980, de la villa de Alagón, cuando él la dejó para trasladarse a Zaragoza, a donde yo también llegué como Notario en 1984. Un curioso seguimiento profesional.

Ambrosio Aranda ingresó en la Academia en 1999, y fue nombrado Académico de Honor en 2021.

Participó con entusiasmo en los actos de la Academia. Es de resaltar su participación en el V Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas, celebrado en Zaragoza, en 2005, con su exquisito trabajo “Longevidad y vida útil.

---

<sup>1</sup> Con quien me unía una estrecha amistad desde que, en 1985, en mi ingreso como miembro permanente de la Comisión General de Codificación, me encontré con él, que era su Secretario General, en su calidad de Letrado del Ministerio de Justicia.

Su biografía la ha redactado el Académico de Número y, curiosamente, sucesor, como Notario, en el protocolo zaragozano de Ambrosio Arada, nuestro compañero Don Adolfo Calatayud Sierra.

Iniciada su andadura, la Academia, siendo yo su primer Presidente, tuve como Secretario General a **Don Eduardo Montull Lavilla**, jurídico militar, quien tuvo una dedicación plena a la institución, de la que también fue Presidente en un corto mandato.

Su discurso de ingreso, en el año 2000, sorprendería hoy por su triste actualidad: “Licitud o prohibición de las armas nucleares, biológicas y químicas en el Derecho Internacional positivo”.

Su biografía la ha redactado la actual Secretaria General de la Academia, Doña María Cristina Chárlez Arán.

Cuando pienso en nuestro homenajeado **Don Pedro Baringo Rosinach** no puedo por menos que remontarme a mi niñez y recordar que, cuando yo tenía 7 u 8 años, su padre, el doctor Don Pedro Baringo Alcolea, me salvó la vida cuando contraje la entonces muy grave enfermedad de la difteria. Seguro que los medicamentos que utilizó debían proceder de la farmacia que regentaba su mujer, Doña Zoe Rosinach, primera doctora en farmacia por la Universidad de Zaragoza.

En la Facultad de Derecho de Zaragoza, como profesor, supo transmitirme su amor por la abogacía, mi primera opción al terminar la carrera en 1965, y que retomé en 2013, tras 44 años de ejercicio de la notaría.

Una muy sentida y bien informada biografía del homenajeado la ha realizado nuestro Académico de Número y Presidente que fue de la Academia, Don Ángel Bonet Navarro.

**Don José Lorente Sanz**, Abogado del Estado, Académico de Honor de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en junio de 1996, fue un elemento clave en la construcción del Derecho civil aragonés moderno.

Cuando se estaba tratando de aprobar el proyecto de lo que sería, en 1967, la Compilación del Derecho civil de Aragón, Lorente Sanz actuó de mediador entre la Comisión compiladora aragonesa y la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Tuvo que dirimir las controversias que se producían entre los miembros de una y otra.

En el Libro Homenaje que la Academia le dedicó en el año 2002, tuve ocasión de relatar aquellos trabajos y la problemática que surgía, por ejemplo, acerca de la Junta de Parientes y los pactos sucesorios.

Con mucho detalle, ha realizado la biografía de Don José Lorente nuestra Académica de Número, Doña Rosa María Bandrés y Sánchez Cruzat.

Nuestra compañera, Académica Correspondiente, Doña Carmen Sanz Escorihuela ha escrito la biografía del que fue primer Académico Correspondiente de la institución, **Don Jesús Marina y Martínez Pardo**.

Juez por vocación, formó parte del primer Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo. En el ejercicio de su función, dictó interesantes sentencias, como ponente, algunas de ellas las recuerda Carmen en su biografía.

Hoy tenemos la suerte de contar en este acto con la presencia de sus hijos Manuel y Jesús María.

**Don Cecilio Serena Velloso**, Presidente que fue de la Audiencia Provincial de Huesca y miembro del Tribunal Supremo, ingresó en la Real Academia en los primeros momentos de su andadura. Era un enamorado del Derecho aragonés.

Personalmente, le debo haber escrito una obra de teatro, “La Trampa”, que tuvo un cierto éxito en su representación, con la participación de la artista Carmen París, a quien siempre agradeceré el haber compuesto un bolero para la obra. Cecilio me envió a la Notaría, como cliente, a una persona conocida suya, que tenía un problema grave jurídico-familiar. Como resultado de nuestras conversaciones, y con el debido respeto a su intimidad, surgió la idea de esa obra teatral.

Su biografía ha sido elaborada por el compañero, Académico de Número, Don Fermín Hernández Gironella, y contamos en este acto con la presencia del hijo del biografiado, Don Santiago Serena Puig.

La participación más relevante de nuestros añorados Académicos se encuentra en sus discursos de ingreso. Todos ellos tienen un interés especial. Son trabajos muy elaborados en los que sus autores han puesto sus mejores conocimientos jurídicos a disposición de la Academia.

Entre todos ellos, me permito resaltar tres, no porque sean mejores que los demás, sino por la temática del discurso: tres trabajos referidos al Derecho aragonés, y cada uno de ellos tratando una materia especialmente sensible.

Personalmente, me he ocupado de la biografía del notario **Don Joaquín Sapena Tomás**. El suyo es un caso muy especial de amor al Derecho foral aragonés como trasunto del amor a su mujer. Su discurso de ingreso en la Academia, “La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio”, pronunciado en el año 2001, fue contestado por el Académico -también homenajeado en este libro- Don José Ignacio Jiménez Hernández, quien, en su intervención, dijo que la elección del tema del discurso enlazaba directamente con la opción de vecindad civil aragonesa que Sapena hizo, al poco de casarse, pensando en favorecer a su mujer, en caso de fallecimiento previo, con una institución foral -el usufructo de viudedad- muy superior a la legítima del cónyuge viudo en el Código civil español.

En otro orden de cosas, Sapena era, como él mismo se definía, un “facedor de Derecho”. Buena prueba de ello es su creación de la figura de la “propiedad horizontal tumbada”, o la del “departamento procomunal”, ambas sin especial reflejo en la Ley de propiedad horizontal.

Mi biografía se centra especialmente en el contenido de sus trabajos jurídicos, haciendo un análisis crítico de cada uno de ellos.

Agradezco la presencia en este acto de su hijo mayor, Don Joaquín Sapena Davós, su esposa y el hijo ambos.

**Don José Ignacio Jiménez Hernández**, magistrado, ingresó en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de octubre de 1999, con un discurso titulado “El testamento ante capellán”. Llevaba tiempo preparándolo. Lo que no podía prever, cuando lo redactaba, es que la ley aragonesa de 24 de febrero de 1999, de “Sucesiones por causa de muerte”, iba a suprimirlo.

Por ello, su discurso lo dedicó en gran parte a hacer una severa crítica de dicha supresión, crítica que yo mismo, entonces, compartía (ahora no defendería esa clase de testamento).

Una de las razones de la supresión era, en palabras del legislador, que tal clase de testamento había dejado de existir. Lo cual no era del todo cierto: yo mismo asistí como espectador a una adveración de testamento ante párroco, ante la puerta de la iglesia de Santa María, de Calatayud, siendo juez nuestro compañero Don José Manuel Sanchez-Cruzat.

La biografía ha sido realizada por el Académico de Número Don Luis Gil Nogueras.

Tuve ocasión de conocer a **Don José Antonio García Toledo** cuando era Jefe de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón. Luego, seguimos manteniendo un estrecho contacto. Ingresó como Académico de Número en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación en 2019, con un discurso sumamente interesante, bajo el título “Derechos Históricos y Constitución: estado de la cuestión. El caso de Aragón en particular”.

En él trataba de un tema siempre candente en la política española de la democracia: la interpretación de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, conforme a la cual “la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”. ¿Cuáles son esos derechos históricos? ¿Qué territorios españoles tienen el carácter de forales? Los conciertos económico-fiscales de País Vasco y Navarra fueron configurados, en su día, sobre la base de esa disposición adicional de la Carta Magna. ¿Puede haber más? ¿Y Aragón? Conviene leer con detenimiento el discurso de nuestro malogrado compañero, Don José Antonio García Toledo.

Su biografía la ha llevado a cabo Don Francisco Serrano Gill de Albornoz.

**Don Benjamín Blasco Segura**, magistrado de lo Social, fue Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Su hija Isabel, que nos acompaña en este acto, me habla del interés que su padre tenía por la Academia.

Su ingreso tuvo lugar en el año 2008, con un discurso titulado “Sistemas de solución de los conflictos de trabajo”. Muy acorde con su especialidad, en él hizo un análisis muy pormenorizado de la práctica de la justicia social en España por comparación con otros países europeos.

Don Julio Arenera Bayo es el autor de su biografía.

La pérdida de **Don José Bermejo Vera** fue una desgradable sorpresa para todos los compañeros. Nadie piensa que el deporte pueda herir de muerte a una persona, a un deportista nato y un entusiasta del Derecho deportivo, una interesante faceta de su profesión de catedrático de Derecho Administrativo.

Bermejo ingresó en la Academia en el año 2006, con un discurso de gran interés y actualidad: “El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural”. Es verdad que el Estado de las Autonomías ha satisfecho no pocas inquietudes políticas en España, pero la multiplicidad de leyes, tanto en Derecho público, como privado, ha suscitado no poca inseguridad jurídica. A este respecto, Ber-

mejor hacía una interesante distinción entre “soberanía” (que sólo corresponde al Estado) y “autonomía” (la que tienen otros poderes públicos).

Importante distinción hoy en el ámbito del Derecho civil, con la coexistencia, junto al Derecho estatal, el propio de seis Comunidades Autónomas, entre ellas Aragón.

Esta biografía ha sido redactada por el Académico de Número Don Ignacio Salanova Alcalde.

En el año 1962, ingresó en el Cuerpo Jurídico del Ejército de Tierra, con el grado de Comandante Auditor. Registrador de la Propiedad desde 1970, **Don Pablo Casado Burbano**. Ingresó en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en 1997, pronunciando el discurso titulado “La eficacia de los pronunciamientos registrales mercantiles”. Un interesante trabajo en el que hace un análisis de la evolución histórica del Registro Mercantil, de su operatividad en aquel momento, y de las reformas que necesitaba.

En estos momentos en los que la Academia está a punto de cumplir treinta años de existencia, y tras los reconocimientos recibidos recientemente –la insignia de oro de la Facultad de Derecho de Zaragoza y el título de Real concedido por S.M. El Rey Felipe VI- no puedo olvidar la frase con la que Pablo Casado terminaba su discurso: “Quiera Dios que esta Academia, que es un nuevo tallo que acaba de brotar en esta nuestra tierra, se convierta en árbol grandioso que, vivificado sólo por la sabia de la ciencia del Derecho y para bien de la sociedad, dé abundantes y valiosos frutos”.

Muchas gracias, Pablo. Muchas gracias Constancia, su mujer, por tu presencia en este acto. Y gracias a Don Eladio Mateo Ayala por la biografía en la que nos ha mostrado la recia personalidad de Pablo Casado.

Cuando menciono a **Don Alberto Ballarín Marcial** no puedo olvidar que, siendo él ya notario de Madrid, fue mi preparador para el tercer ejercicio de las oposiciones a notarias: la redacción de una escritura.

Después, a lo largo de los años, hemos mantenido una estrecha amistad. En 1978, recién publicado mi libro “Aragón y su Derecho”, se prestó a hacer su presentación en un emotivo acto en la Casa de Aragón, en la calle Joaquín Costa, de Barcelona.

En el año 2.000, a petición suya, participé en la llamada “Operación Jovellanos”, una obra colectiva dedicada a plantear diferentes propuestas para la reforma de la agricultura española. Mi participación consistió en una “Propuesta para la elaboración de una ley general que favorezca el acceso a la empresa agraria, especialmente de los jóvenes agricultores profesionales”.

Ingresó en la Academia con un documentado discurso titulado “Modernización jurídica de la agricultura y del desarrollo rural”, al que tuve el honor de contestar.

Nuestro compañero Don José Luis Artero Felipe ha hecho una excelente biografía de Ballarín.

**Don Jesús López Medel**, Registrador de la Propiedad, pensador, filósofo, ingresó en la Academia en 1998, con un discurso, “Miguel Servet en el Derecho natural cristiano de la Reforma”, pleno de importantes referencias históricas y profundas reflexiones filosóficas: “Miguel Servet -decía- un buscador de la verdad desde la libertad”.

Leyó el discurso, al que tuve el honor de contestar, en presencia de la entonces Ministra de Justicia española, Doña Margarita Mariscal de Gante, especialmente invitada por la Academia para este acto.

Su biografía la ha llevado a cabo, con esmero, nuestro compañero Don José Antonio Escudero López. Y contamos hoy con la presencia del hijo del homenajeado, Don Manuel López Medel y Báscones.

Y llegamos al último de los Académicos homenajeados: **Don Luis Moisset de Espanés**. Magistrado y profesor universitario argentino, Presidente que fue de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, con el que tuve una estrecha relación académica y de amistad.

Pero, llegados a este punto, prefiero que la presentación la haga otro compañero argentino, Don Rodrigo J. Ranz, Académico Correspondiente, autor de la biografía de Moisset.

Rodrigo J. Ranz es abogado y profesor universitario especialista en derecho tributario. Ganó el premio “Gascón y Marín” de Derecho público que la Academia le concedió en el año 2.001. Ha sido el primer extranjero que ha obtenido este

premio académico. En el año 2.005 participó activamente en el V Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho y Ciencias Sociales, celebrado en Zaragoza. Y es Académico Correspondiente desde 2.017.

Ha sido el autor de biografía de Don Luis Moisset, y para hablarnos de él le cedo la palabra.

**Palabras pronunciadas por Don Rodrigo J. Ranz:**

Como señalé al comienzo de la biografía, resulta muy complejo relatar la vida de una persona, más aún cuando la misma ha tenido una participación pública tan notoria y activa

Por ese motivo, decidí contarles a ustedes mi experiencia personal puesto que “para muestra, un botón”.

Y esto es así ya que sin el Dr. Luis Moisset, hoy no podría estar aquí. Él es la pieza clave de este engranaje.

Corría el año 1997, cursaba mis estudios de derecho en su querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y entré por primera vez al anfiteatro donde el impartía sus lecciones de Obligaciones. Les aseguro que fui una sola vez y no pisé más ese lugar. Realmente intimidaba, era “Moisset” y con el tenías que estudiar sí o sí.

Después de esa experiencia, nunca más tuve contacto con él, la verdad que el Derecho Privado tampoco era de mi interés, que por cierto estaba para el lado de lo público: Constitucional, Administrativo, Finanzas Públicas.

Corría mi último año de estudiante, por octubre del 2000, y en el Centro de Estudiantes de la Facultad pude visualizar un pequeño cartel, no más grande que una hoja A4, en color amarillo con letras negras que invitaba presentar trabajos en dos concursos, uno de Derecho Privado y otro de Derecho Público. Quien formulaba la invitación era la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, a pedido de la institución organizadora: la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Tomé coraje y envié un trabajo que estuve realizando como Becario de Investigación de Pregrado, por supuesto, por medio del correo postal; el mail recién empezaba a ser usado. Al cabo de unos meses, marzo o abril de 2001, recibo la noticia: mi investigación fue seleccionada entre otros trabajos y se la distinguía con el Premio de Derecho Público “Gascón y Marín”. Por cierto, era el

primer latinoamericano en ganar un premio en la Academia Aragonesa, después vendrían otros, por supuesto, pero tal orgullo me marcó para siempre.

Al recibir la noticia decidí concurrir a la Academia Nacional de Derecho y ahí me dicen que el Dr. Moisset estaba en la esquina, en el bar. Por supuesto que, al dirigirme hacia allí, un poco de temor recorría mi cuerpo

Al llegar, tomando su café con leche con unos criollos, me invita a sentarme y como si me conociera de toda la vida me felicita y cuenta que él era quien había pegado los pequeños carteles en la Facultad junto a sus discípulos.

Antes de viajar a recoger el premio, en septiembre del 2001, volví a reunirme con él, en el mismo bar de la esquina de la Academia y sólo me pidió una cosa: debía enviar saludos a su amigo José Luis Merino.

Hasta el día de hoy recuerdo mi llegada a España, a Paco Mata que fue a buscarme a Barcelona, la entrega del Premio, la estancia en casa de José Luis.

Ese premio implicó realmente un espaldarazo en mi carrera, ya que con el dinero que recibí pude pagar la mitad de la Maestría que realicé en Barcelona y que resultó tan trascendente para mi desarrollo profesional.

En el año 2005, con motivo del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, que se realizó en Zaragoza, pude volver a ver al Dr Moisset, fue la última vez.

Cuando José Luis Merino nos invita a escribir en este homenaje, obviamente por ser argentino, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, decidí escribir la biografía de Luis pero sin relacionar todo lo que estoy relatando.

A través de otras biografías que pude leer, como también por los comentarios que recibí de gente que lo conocía, pude saber que, además de su tremenda vocación por el estudio y la enseñanza del Derecho Civil, tenía la obsesión de tender puentes entre España y nuestra América latina, de ahí el impulso por las reuniones de las Academias, de sus vínculos con profesores y académicos de aquí y de allende el océano.

Con mucho orgullo puedo decir hoy: “gracias Dr Moisset por esa iniciativa, sin ella, ese chico de una pequeña ciudad de Córdoba de la Nueva Andalucía nunca podría haber estudiado en España ni ser distinguido Académico, ni estar aquí. Su esfuerzo no ha sido en vano, ojalá podamos proseguir tendiendo puentes y honrar su legado.

Muchas gracias

**DISCURSOS  
DE  
INGRESO**



# **EL SILENCIO DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL**

Discurso pronunciado  
por el

Excmo. Sr. Dr. D. Juan Francisco Herrero Perezagua,  
en su ingreso como Académico de Número,  
el día 2 de julio de 2024

## **I. Introducción**

El proceso es un territorio atravesado por la palabra. Solo la palabra desencadena su puesta en marcha y solo la palabra le pone fin. A lo largo de su recorrido asistimos a la palabra que dice y la que contradice (o se aviene), la que propone y la que admite (o inadmite), la que pide y la que concede (o deniega), la que ofrece y la que rechaza (o acepta), la que requiere y la que cumple (o desatiende), la que desiste y la que se conforma (o persiste), la que recurre y la que revoca (o confirma), la que ordena y la que acata (o se resiste).

Pero el proceso es también un territorio salpicado por el silencio. En un proceso regido por la oralidad —que hoy, entre nosotros, parece obligada a batirse en retirada— el silencio evoca la elocuencia misteriosa que se asienta sobre la retórica del silencio, como aquella que cultivó Gracián invitando a hacer uso, y haciéndolo él mismo, de todos los recursos a su alcance «para suspender, retener y decir por medio de la pausa, el paréntesis o la elusión»<sup>1</sup>. El silencio en el discurso que expone o concluye, con ánimo de centrar, realzar o persuadir, es un recurso del buen hablar que capta y mantiene la atención de quien lo escucha, alumbría

---

<sup>1</sup> EGIDO (1996: 50 y 51).

intensamente la palabra a la que acompaña y, a la par, empequeñece, ensombrece u oculta la que no se pronuncia, como si solo aquella fuera la importante y esta, la irrelevante o superflua. El silencio, conscientemente elegido, obedece a una intención y se traba con el discurso que le da su contexto, lo refuerza, lo enfatiza, lo reconduce. La pregunta formulada a la que no llega la respuesta adquiere por ese hecho un significado preciso: el sinsentido, la perplejidad, lo absurdo de lo pretendido. El anuncio al que sigue el silencio antes de dar cuenta de lo anunciado acrecienta la expectativa, reclama la atención, potencia la escucha. Nuestro premiado dramaturgo Mayorga, que tanto ha reflexionado sobre el silencio y que tan sugerente uso de él ha hecho en su teatro, decía en el discurso con el que ingresó en la Real Academia Española que «[l]os elocuentes saben que, si la sigue o la precede un silencio, el valor de una palabra se transf

No es ese silencio el objeto de estas páginas. En ellas se trata de atender a lo que no se dice, lo que se deja de decir o lo que no se deja decir cuando hay ocasión para hacerlo y a los efectos que se anudan al silencio guardado o impuesto, como también a aquellos casos en que se dice lo que no está permitido decir, esto es, en los que se debió guardar silencio y no se guardó. A buen seguro escaparán de las consideraciones que aquí se brinden algunos silencios que podemos adivinar o intuir, pero que no se reflejan en las actuaciones procesales, como la omisión de una determinada circunstancia o de un consejo en la relación entre el justiciable y su abogado o la discrepancia que calla un magistrado cuando delibera con sus compañeros de sala. Pertenecen al ámbito privado y aun al ámbito interno de cada cual y adentrarse en ellas es deslizarse por el terreno de la especulación.

## **II. El silencio querido o descuidado**

En el ámbito general de la comunicación descubrir el significado del silencio es tarea no solo difícil, sino arriesgada, sobre todo por la pluralidad de interpretaciones a que pueden conducir los distintos elementos que confluyen en el acto de la comunicación (los sujetos, el contexto, la forma en que se produce...). Si atendemos a su trascendencia jurídica, la dificultad se aprecia con más intensidad en el marco del negocio jurídico y se acentúa en lo que respecta a la atribución de un determinado valor como expresión o declaración de voluntad y, en concreto, bajo qué condiciones puede anudarse una concreta eficacia al silencio observado<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre estas cuestiones, MARTÍNEZ VELA (2012), PÉREZ ÁLVAREZ (2013) y LÁZARO GUILLAMÓN (2016). De especial interés es el recorrido que ofrecen sobre el significado de estos brocados en

La tensión se sitúa entre dos polos que pueden condensarse en dos expresiones clásicas recibidas también en el lenguaje cotidiano: de una parte, la máxima *quien calla otorga*; de otra, y en contraposición, *quien calla ni afirma ni niega*. En el proceso, una y otra tienen sus manifestaciones y cada una, a su vez, sus perfiles y matices. En todo caso, es la ley la que atribuye el significado y acota el margen del juzgador en la determinación de las consecuencias que hayan de anudarse a él.

El primero de los adagios referidos está, sin duda, más extendido en el acervo popular, hasta el punto de hallarse incorporado al refranero. No es, en cambio, la regla en el proceso. Pero cabe inferir que, por su rotundidad o su falta de complejidad, empezar por ella sea un buen modo de adentrarse en la cuestión.

## 1. Quien calla otorga

La regla que impera en nuestro ordenamiento procesal civil es bien conocida: el demandado que calla (que no comparece) no por ello consiente. El art. 496.2 LEC la refleja con este tenor: «La declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario».

Y esos casos, con ser contados, tienen una indudable relevancia por el ámbito de la litigación en que se manifiestan y el momento procesal en que se insertan. Todos participan de una nota común: separarse de la regla de equiparar el silencio a la falta de aceptación; pero cabe apreciar, como dato diferencial, una gradación entre ellos atendiendo a las consecuencias que se anudan a cada uno (la admisión de los hechos o la conformidad con la pretensión) y la vinculación del juzgador a la conducta pasiva del litigante (según opere de modo automático o haya de ser valorada por el juez).

### El silencio y la fijación de los hechos

#### A) *El silencio en las alegaciones*

Conforme a lo establecido en el art. 405.2 LEC, el silencio que guarde el demandado en la contestación respecto de los hechos aducidos por el actor podrá ser considerado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. El

---

las fuentes romanas y medievales (con la reinterpretación de los glosadores y su enunciado en el Derecho canónico).

precepto equipara las respuestas evasivas al silencio. El carácter evasivo de una respuesta denota que elude o se escapa de aquello sobre lo que se espera o se exige que se pronuncie. En tal sentido, puede afirmarse que calla u omite lo que debe decir, en definitiva, que guarda silencio sobre ello, aunque otra pueda ser la apariencia. Esta carga que pesa sobre el demandado será mayor cuanto mayor sea la claridad y el detalle con que haya expuesto el actor su relato fáctico<sup>3</sup>, puesto que podrá apreciarse más fácil, precisa y acertadamente la correspondencia o falta de correspondencia entre las alegaciones vertidas al respecto por uno y otro litigante y, en el segundo caso, aplicar la sanción que la ley anuda al silencio, es decir, la *ficta confessio*. El precepto referido se inserta entre las disposiciones del juicio ordinario, pero ha de extenderse también al juicio verbal, teniendo en cuenta que la norma que regula la contestación en este último (art. 438 LEC) se ocupa de las especialidades propias de este cauce procedural, por lo que hay entender trasladables las establecidas con carácter general en el art. 405 (como son las relativas a la forma, la estructura y el orden de las alegaciones, el contenido y, en particular, la negación o admisión de hechos). El silencio o la inconcreción en la contestación a este respecto (como puede serlo una negación de carácter genérico) no debe ser entendido como un defecto formal, sino como la inobservancia de una carga; en consecuencia, no debería darse ocasión a su subsanación, con independencia de que pudiera ser objeto de aclaración en la audiencia previa o la vista.

Los hechos admitidos se tienen por ciertos. Las consecuencias de haber adquirido esa certeza se reflejarán en la sentencia. Pero puede haberlas también en el procedimiento probatorio puesto que los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes están exentos de prueba (art. 281.3 LEC) y la prueba que no pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (y los admitidos, no lo son), debe inadmitirse (art. 283.2 LEC). La plena conformidad, como señala De la Oliva<sup>4</sup>, «es expresión que se refiere al reconocimiento expreso de la certeza de los hechos alegados por la parte contraria» y tal reconocimiento puede producirse en la contestación, en la audiencia previa, si del juicio ordinario se trata, o en la vista del verbal. Y, manifestada de ese modo, no hay margen de apreciación para el juez: habrá necesariamente de partir de la certeza de tales hechos, de ahí que cualquier petición de actividad probatoria sobre ellos deba ser rechazada:

<sup>3</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001: 678). Como señala este autor, «[l]o que se deduce de este precepto es que el demandado tiene la carga de aportar un relato fáctico alternativo que resulte coherente».

<sup>4</sup> Cfr. DE LA OLIVA SANTOS (2001: 512).

será una prueba inútil que, recuérdese, el art. 283.3 LEC sanciona con la inadmisión. La admisión tácita, en cambio, recibe otro tratamiento.

La admisión tácita se anuda al silencio a las respuestas evasivas del demandado sobre los hechos que le sean perjudiciales (art. 405.2). Tener por ciertos tales hechos exige una operación de deducción del juzgador, una operación que puede conducir a esa conclusión o a su contraria y que, por lo común, solo podrá alcanzarse atendiendo al resultado de toda la actividad probatoria, lo que, por un lado, invita a no aplicar la sanción de inadmisión si se propone prueba sobre tales hechos y, por otro, remite a efectuar ese enjuiciamiento en la sentencia. Solo en el caso de que en la audiencia previa o en la vista se hubiera despejado toda incertidumbre sobre el significado del silencio, cabría sostener que la prueba propuesta debe inadmitirse por carecer de utilidad. Exigiría este proceder aplicar con rigor lo establecido en el art. 414.1.III LEC cuando señala que la audiencia previa se ha de llevar a cabo para, entre otras cosas, fijar con precisión los extremos de hecho sobre los que exista controversia entre las partes.

#### *B) El silencio en el interrogatorio*

El silencio y las respuestas evasivas juegan en un sentido bidireccional cuando de la prueba del interrogatorio de parte se trata, pues tanto el actor como el demandado pueden ser citados a declarar y tanto uno como otro pueden incurrir en la *ficta confessio*. La consecuencia que anuda el art. 307 LEC a la negativa a declarar o al hecho de hacerlo con respuestas evasivas o inconcluyentes es la de considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas: nos encontramos nuevamente ante una facultad del juez que, en este caso, se liga, además a la concurrencia de tres requisitos: 1º) que el interrogado hubiese intervenido en tales hechos personalmente; 2º) que su fijación como ciertos le resulte perjudicial en todo o en parte; y 3º) que el tribunal le aperciba de la consecuencia antes señalada (la admisión de hechos).

El apercibimiento a que se refiere el art. 307 tiene lugar en el propio acto del interrogatorio: brinda al interrogado la posibilidad de corregir su actitud con la advertencia de lo que le puede deparar el hecho de persistir en ella. Solo si se ha llevado a cabo tal apercibimiento, podrá desplegarse la consecuencia de tener por reconocidos como ciertos los hechos<sup>5</sup>; y si se formuló oportunamente y el interrogado no lo atendió, en la sentencia se deberá reflejar el efecto probatorio ligado

---

<sup>5</sup> Como muestra, SAP de Zaragoza (sec. 5<sup>a</sup>) 76/2012 de 8 febrero.

a tal conducta: si se tienen por ciertos los hechos, bastará con dejar constancia de la persistencia del interrogado apercibido en su actitud de no responder o de mantener sus ambigüedades e imprecisiones; en caso contrario, deberá expresar las razones que le conducen a no aplicar la *ficta confessio*. Las razones que pueden contradecir el efecto anudado al silencio vendrán dadas por el resultado de las demás pruebas; así se infiere del art. 316.1 LEC que, aunque pensado principalmente para aquellos casos en que haya tenido lugar la declaración y con ella el reconocimiento de los hechos, cabe trasladar a los supuestos que ahora nos ocupan en virtud de la ficción legal que equipara sus consecuencias. Como señala Jiménez Conde<sup>6</sup>, «solo aquellos medios de prueba estimados de “alta fiabilidad” pueden reputarse hábiles para desvirtuar lo reconocido como cierto por una parte en su perjuicio»; esta caracterización remite, en primer lugar, a los documentos y al reconocimiento judicial, en los que la certeza la proporciona la valoración legal que establece la ley y la directa observación por el juez, respectivamente. Y a ellos habría que añadir, en segundo lugar y como el citado autor expresa, los casos siguientes: la concurrencia de varias pruebas, suficientemente fiables, que apunten en la misma dirección; el dictamen pericial que verse sobre algún extremo de las llamadas ciencias exactas; las filmaciones, grabaciones y archivos de datos de indubitable autenticidad; y las declaraciones testificales solo cuando su veracidad sea evidente.

### C) *El silencio por la ausencia*

También la incomparecencia al juicio o a la vista puede aparejar idéntica consecuencia: que el tribunal considere reconocidos los hechos. Así lo dispone el art. 304 LEC que, del mismo modo que el ya citado art. 307, otorga a esta apreciación un carácter potestativo, la difiere a la sentencia y la liga a la intervención personal del interrogado en los hechos y a que su fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial.

Pero conviene detenerse en dos diferencias relevantes en torno a este silencio que atañen al apercibimiento y a la ausencia de preguntas por no poder practicarse el interrogatorio.

a) El art. 304 LEC sitúa el apercibimiento —que no solo precede a las respuestas, sino a la formulación de las eventuales preguntas— en la citación, lo que nos remite a dos momentos distintos según se trate del juicio ordinario o del verbal. En el primero de ellos, se practicará de forma oral por el juez en la audiencia

---

<sup>6</sup> Cfr. JIMÉNEZ CONDE (2007: 185-188).

previa, de lo que quedará constancia en la grabación del acto. En el verbal, tras la reforma que introdujo la contestación escrita, la cuestión queda resuelta al especificar el art. 440.1.III LEC<sup>7</sup> —como uno de los contenidos de la citación para la vista que el letrado de la Administración de Justicia dirigirá a las partes— que en ella «se advertirá a los litigantes que, si no asistieren y se hubiere admitido su interrogatorio, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304».

La omisión de este apercibimiento impedirá, concurriendo el supuesto de hecho (la incomparecencia), que se despliegue la consecuencia (*la ficta confesio*).

b) Producida la incomparecencia, el interrogatorio no tiene lugar ni, por tanto, se formula pregunta alguna. La cuestión que se suscita en tal caso es determinar qué alcance tendrá, entonces, el silencio del llamado a declarar. Comparto la opinión de los comentaristas<sup>8</sup> del precepto cuando señalan que la fijación de los hechos que se podrán tener como ciertos solo será posible si quien pide el interrogatorio ha dejado constancia, en el momento de proposición de la prueba, de los hechos sobre los que pretende preguntar. Bastará, a mi parecer, con que se refiera a los hechos sostenidos en la demanda, o al modo en que estos se produjeron según el relato fáctico de la demanda, que constituyen el presupuesto del que extraer la consecuencia jurídica afirmada en la pretensión.

Más allá de lo que prescriben las normas para estos casos de silencio, me parece que interesa identificar el fundamento que las anima. La SAP de Sevilla (sec. 6<sup>a</sup>) 275/2011, de 8 de septiembre, lo expresa con acierto. Se trataba de un caso de responsabilidad civil por daños en que no había otras pruebas adecuadas para acreditar los hechos relevantes del litigio que el interrogatorio del demandado. Al respecto, la sentencia va exponiendo de forma escalonada los argumentos que confluyen en la identificación del fundamento al que antes me refería:

- a) no hacer uso de la facultad que concede el art. 304 al juez, el juego de la carga de la prueba (art. 217) «beneficiaría a la parte que, con su postura obstaculizadora de la práctica de la prueba, al no haber comparecido para ser interrogado, ha impedido que el interrogatorio pueda ser realizado»;
- b) «es la parte incomparecida la que está obstaculizando el acceso de la parte proponente a la fuente de prueba»;

---

7 La redacción actual —la que le ha dado el Real Decreto-ley y6/2023— no ha alterado el sentido de la anterior.

8 FERNÁNDEZ URZAINQUI (2000: 1437) y DE LA OLIVA SANTOS (2001: 546).

c) la referida obstaculización no puede beneficiar al obstaculizador, lo que lleva a concluir que el demandado «ha admitido los daños que se produjeron del modo sostenido en la demanda» y, consiguientemente, «a considerar probados los hechos alegados como sustento fáctico de la demanda».

El valor del silencio se vincula a la falta de actitud colaborativa del litigante. Las consecuencias negativas deben recaer sobre quien mantiene esa actitud. El Tribunal Constitucional ya lo había expresado respecto de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad. En la STC 7/1994, de 17 de enero, que invoca otras precedentes, declaró que «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad»; y a la luz de esta premisa concluyó que «los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, [no] pued[e]n repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza».

#### *D) La omisión de la información requerida y debida*

Este fundamento —que, como se ve, cabe extenderlo a un ámbito mayor que el ahora examinado— se liga directamente al silencio en la regulación que incorporó la LEC [arts. 283 bis a) y ss] en materia de acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho a la competencia y a la que se remite la Ley de Secretos Empresariales (Ley 1/2019, de 20 de febrero). En su virtud, el juez puede ordenar a una de las partes (por lo común al demandado) que exhiba determinada información. Para acordarlo, esa información debe servir para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión indemnizatoria o, en su caso, una defensa de repercusión del sobrecoste; y, además, tendrán que concurrir unos determinados requisitos: el solicitante habrá de aportar un principio de prueba y el juez atenderá al principio de proporcionalidad<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Para ello tomará en consideración, como especifica el apartado tercero del art. 283 bis a), los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados, el respaldo que proporcionen otros hechos y pruebas, el alcance y coste de la exhibición y el hecho de que incluya información confidencial.

El incumplimiento se sanciona por la ley de un modo gradual:

- a) la negativa a facilitar la información requerida da pie a que el tribunal emplee los medios necesarios para su ejecución; si fuera necesario, pueden consistir, según establece expresamente la ley, en la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y en la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentre;
- b) pero si la conducta del requerido no solo es pasiva (el silencio), sino que va más allá (un silencio agravado), al destruir u ocultar las fuentes de prueba o imposibilitar el acceso a ellas, las consecuencias pueden ser las propias de la *ficta confessio* (tener por admitidos los hechos, por tácitamente allanado al demandado o por desestimadas las excepciones o reconvenções que pudiese ejercitar en el proceso principal) o, también, la imposición de una multa o la condena en costas (del propio incidente de acceso a las fuentes de prueba y del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de este).

Como ha señalado Gascón, establecer la responsabilidad y los daños en este tipo de litigios es una cuestión que tropieza con las dificultades que entraña la determinación de los hechos. El propósito de la ley —como el de la Directiva a cuya transcripción responde— es evitar que esas dificultades «se conviertan, en la práctica, en barreras que impidan el éxito de reclamaciones justas y minen el principio de efectividad de las normas sobre defensa de la competencia»<sup>10</sup>. Las sanciones se explican, en definitiva, por hacer recaer sobre quien obstaculiza el buen fin del proceso las consecuencias negativas de su actitud obstrucciónista.

La exhibición de pruebas es un mecanismo para corregir la asimetría de la información entre las partes del litigio; es el infractor el que sabe lo que ha hecho y es el perjudicado el que no conoce suficientemente las circunstancias que pueden fundar su pretensión indemnizatoria. Es este el que pide de aquel que diga lo que solo él sabe. La determinación del silencio sancionable aún exige precisar dos extremos referidos a sus límites, uno que lo ciñe y otro que lo desborda y a los que se ha referido la STJUE de 10-11-2022 (C-163/2021, Paccar):

- a) la solicitud de pruebas, además de pertinente, tiene que ser específica y proporcionada; la pertinencia remite a la relación entre las pruebas solicitadas y la pretensión indemnizatoria; la especificidad, a la precisión suficiente de las pruebas o categorías de pruebas que excluye su carácter general y las conocidas como «expediciones de pesca»; y la proporcionalidad, a la ponderación del coste y la carga de trabajo que podría ocasionar la práctica de lo solicitado si fuera

---

10 Cfr. GASÓN INCHAUSTI (2017: 135).

acordado; además, sigue recayendo sobre el demandante la tarea de demostrar la existencia y el alcance del perjuicio;

b) por otro lado, colmar el silencio puede ir más allá de la exhibición de documentos existentes que estén en poder de aquel de quien se requiere; como ha señalado la sentencia antes citada,

«la referencia efectuada en dicha disposición a las pruebas pertinentes en poder de la parte demandada o de un tercero comprende también las pruebas que la parte frente a la que se dirige la solicitud de exhibición de pruebas deba crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder, siempre y cuando se respete estrictamente el artículo 5, apartados 2 y 3, de dicha Directiva, que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes el deber de limitar la exhibición de pruebas a lo que sea pertinente, proporcionado y necesario, tomando en consideración los intereses legítimos y los derechos fundamentales de esa parte».

También el silencio (la negativa) del requerido para llevar a cabo las diligencias preliminares acordadas conduce a unas consecuencias de distinto grado en función de su contenido, tal y como establece el art. 261 LEC. Así, cuando del silencio injustificado se trata, cabe distinguir entre la negativa a facilitar una información y la negativa a prestar una declaración:

a) la primera se refiere a aquellos casos en que el requerido no exhibe (1) los documentos relativos a la capacidad, representación y legitimación de la persona frente a quien se dirigiría la demanda, (2) el acto de últimas voluntades, (3) los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad que le deban ser mostrados al socio comunero<sup>11</sup>, (4) el contrato de seguro por petición del perjudicado, (5) la historia clínica, (6) la información que permita determinar los integrantes de un grupo de consumidores, (7) los datos sobre el posible infractor de un derecho de propiedad industrial o intelectual o los documentos que estén en posesión del presunto responsable de actos desarrollados a escala comercial que puedan fundar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual; en

---

<sup>11</sup> Respecto de esta medida (recogida en el ordinal cuarto del art. 256.1 LEC) se establece también la posibilidad de anudar a su incumplimiento la misma consecuencia que en los casos que veremos en el párrafo siguiente caracterizados por la negativa a prestar una declaración: conforme a lo que dispone el art. 261.4º LEC, «se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante». La *ficta confessio*, por tanto, no es automática; pero recaerá sobre el demandado en el proceso principal que se negó a la exhibición acordada como diligencia preliminar probar el error de los datos y cuentas aportados por el actor. En este sentido, BANACLOCHE PALAO (2003: 207).

estos casos, el silencio (la negativa) del requerido trae como consecuencia que el juez adopte medidas coercitivas —entre ellas, la entrada y registro— para conseguir la información que se ha negado a proporcionar;

b) la negativa a prestar declaración se refiere a la que se solicita de la persona a quien se dirigiría la demanda sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación y legitimación; en este caso, la ley establece que se pueda aplicar la *ficta confessio*, una consecuencia que se expresa con carácter potencial puesto que el efecto se producirá, en su caso, en el proceso a que dé lugar la presentación de la correspondiente demanda; a mi parecer, y como ya expresé en su momento<sup>12</sup>, el silencio total o parcial del requerido sobre tales circunstancias que provocó el error o la confusión del demandante y que, como consecuencia de ello, conduce al desistimiento del actor, debería acompañarse de la correspondiente condena en costas a quien, con su comportamiento, ha provocado tales actuaciones, lo que habría de recogerse expresamente por la norma: no solo ha mantenido una actitud obstrucciónista, sino que ha desencadenado una sucesión de actos, que estaba en su mano evitar, en perjuicio de la otra parte y del propio sistema.

## 1.2. El silencio en perjuicio de la eficiencia

El tratamiento del silencio desde la perspectiva de la falta de una actitud colaborativa preside la iniciativa del legislador impulsada por la búsqueda de la eficiencia. Así cabe advertirlo en el *Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios* (PLOESPJ), publicado el 22 de marzo de 2024, que, en lo que respecta a lo que es objeto de análisis en estas páginas, es, en buena medida, un trasunto del *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*, que publicó el BOCG el 22 de abril de 2022.

Sobre las discutibles bases —cuya detallada consideración excede del propósito de este trabajo— de que la Justicia no es solo la Administración de Justicia, que hay que abrir la justicia civil a los ciudadanos mediante el impuso de su participación en el sistema de Justicia, que la forma de hacerlo es que se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada y que, en consecuencia, el cauce para conseguirlo es imponer, con carácter general, un intento previo de negociación, se sanciona el

---

<sup>12</sup> HERRERO PEREZAGUA (2019: 184)

comportamiento de quienes actúan de forma contraria a esos postulados. Esto se hace, fundamentalmente, por dos vías:

- a) cerrando las puertas al proceso (mediante el establecimiento como presupuesto de procedibilidad de una actividad negociadora previa);
- b) concediendo al juzgador un amplio margen de valoración de la conducta que las partes hayan observado en el procedimiento previo al proceso destinado a obtener o, al menos, intentar, una solución negociada, y también en el procedimiento derivado a tal fin estando el proceso en curso.

En una y otra vía se prevén los efectos que ha de desplegar el silencio, pero también cabe advertir algunas carencias no tanto sobre qué es lo que se debe decir y qué es lo que se debe callar, sino sobre las consecuencias de no observar lo uno o lo otro.

Conforme a la nueva redacción que el PLOEPSJ da al art. 399.3 LEC, en la demanda se ha de hacer constar la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y acompañar el documento que justifique que se ha acudido a él (en consonancia con ello, el art. 264 LEC incorpora un nuevo ordinal cuarto en la relación de documentos procesales que han de presentar con la demanda o la contestación, esto es, el documento justificativo del intento negociador). No hacerlo se sanciona con la inadmisión, con arreglo a la modificación prevista del art. 403.2 LEC. El texto del proyecto no especifica si la no presentación es un defecto subsanable o insubsanable ni, en su caso, si la subsanación comprende solo la falta de acreditación (como, a mi parecer, debería entenderse, lo que comprendería la falta de algunos de los extremos que, según el art. 10 PLOEPSJ, debe recoger el documento<sup>13</sup>) o también la falta de realización del intento negociador.

---

<sup>13</sup> A saber: «a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional, institución a la que pertenece, o registro en el que esté inscrito. b) La identidad de las partes. c) El objeto de la controversia. d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas. e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente». A lo que hay que añadir: «En caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará también la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma. Si quien no compareciese fuese la parte que promovió la actividad negociadora se consignará tal circunstancia». Estas especificaciones se refieren al caso en que en el procedimiento negociador hubiera intervenido un tercero neutral y, por tanto, sea él quien expida el documento. Si no ha habido tal intervención, el documento irá firmado por ambas partes, dejando constancia de su identidad, la fecha, el objeto de la controversia y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales.

En todo caso, para entender cumplido el presupuesto exigido por la norma, debe existir identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del proceso<sup>14</sup>.

Si esto es lo que debe decir, hay que señalar también lo que debe callar: la información sujeta al principio de confidencialidad que, según establece el art. 9 PLOEPSJ, será la relativa al proceso de negociación, la documentación utilizada y la información que el tercero interviniendo en el procedimiento y las partes hubieran podido obtener derivada de él. Las dos consecuencias que en ese precepto se anudan al incumplimiento de lo prescrito a este respecto se limitan a la inadmisión de la prueba que se pretenda aportar que contenga información confidencial y a la responsabilidad que pueda derivarse por infracción del deber de confidencialidad. Lo segundo se resuelve por el proyecto con una remisión genérica a «los términos previstos en el ordenamiento jurídico», una fórmula idéntica a la que contiene el art. 9.3 de la Ley de Mediación. Lo primero remite indudablemente a lo establecido en el procedimiento probatorio y, en concreto, pues así se cita expresamente en el último apartado del art. 9.2 PLOEPSJ, al art. 283.3 LEC que sanciona con la inadmisión como prueba de toda actividad prohibida por la ley.

A mi parecer, para que la información indebidamente aportada en la demanda o en la contestación quede excluida de las actuaciones no hay que esperar al momento de proposición y admisión de prueba; el examen de los respectivos escritos de alegaciones debe comprender el control de los extremos antes señalados, lo que puede conducir a su inadmisión, a la exclusión de un determinado documento o a la apertura de un trámite de subsanación, según el grado y la cualidad del exceso en que el escrito pueda haber incurrido. En todo caso, si ese control no se ejerciera adecuadamente a juicio de alguno de los litigantes, habrá

---

<sup>14</sup> Como señalé en su momento, al ocuparme de la regulación que preveía el Proyecto de 2022 y respecto del que el de 2024 no difiere, «[b]ien puede ocurrir que el actor, al expresar en su demanda la tutela judicial que solicita, reduzca las pretensiones o su cuantía respecto de lo que señaló como objeto en el procedimiento elegido para intentar una solución acordada. Nada que objetar a este respecto. Pero también puede suceder que se produzca una ampliación: si esta obedece a un incremento de la cuantía reclamada por el vencimiento de nuevos plazos derivados de una misma obligación o de una relación continuada en el tiempo, como el suministro de determinados productos, tampoco habría de tropezar con obstáculo alguno para su tramitación. En cambio, otro sería la consideración que merecería el caso en que se sume a lo que pretendía solucionar mediante el correspondiente acuerdo una nueva acción; conforme a la legislación vigente, esta eventualidad no está sujeta a filtro alguno; en cambio, si el intento de negociación se erige en presupuesto de procedibilidad como pretende —o pretendía— el PLMEP, habría que aplicar el tratamiento procesal establecido para los supuestos de indebida acumulación de acciones» [Cfr. HERRERO PEREZAGUA (2024: 151 y 152)].

que distinguir según quién sea el afectado: a) si lo es la parte que no ha introducido tal información, siempre tendrá la posibilidad de provocar que el control se lleve a cabo o combatir el resultado a que hubiera abocado haciendo uso de los instrumentos que la ley pone a su disposición, esto es, mediante su alegación en la audiencia previa o en la vista o a través de los recursos; b) si el afectado es quien prendía incorporar la información en su escrito de alegaciones, podrá contradecir lo acordado en el incidente que, a este respecto, se desenvuelva con él (vg. un incidente de subsanación) o en vía de recurso (vg. frente a la inadmisión de la demanda).

La falta de actitud colaborativa de las partes de una controversia es uno de los objetivos que el PLOEPSJ pretende combatir. Pero conviene señalar que las medidas que incorpora para ello se dirigen fundamentalmente al procedimiento negociador previo y será la conducta observada en él la que producirá efectos en el proceso, de modo que la actitud mantenida en este se valorará, en buena medida, en virtud de la que se haya tenido en aquel. Dicho de otro modo: no haber colaborado debidamente en la búsqueda de una solución negociada puede arrojar consecuencias negativas en el proceso subsiguiente. Aquella falta de colaboración puede manifestarse de diversas formas, desde el comienzo hasta la conclusión del procedimiento, y entre las que el silencio ocupa un lugar de indudable relevancia.

a) Haber rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en el procedimiento negociador previo al que hubiera sido convocado comporta un pronunciamiento desfavorable en costas. Por tal hay que entender la no imposición al contrario vencido o la condena a quien rehusó si el resultado del proceso es la estimación parcial de la demanda o, también, su condena en los casos de allanamiento. El silencio, en estos casos, puede consistir en dar la callada por respuesta a la solicitud de negociación, dificultar o impedir que se celebre la primera reunión o no acudir a la sesión en que la negociación debiera iniciarse (actos concluyentes) o limitarse a comunicar la negativa a esa solicitud sin dar razón de ello (sin justa causa). Y se aplica tanto a los casos en que el intento de arreglo amistoso nace de una de las partes como a aquellos otros en que es el juez quien acuerda derivar el asunto a un medio negocial.

b) Lo anterior —recogido en las modificaciones de los arts. 394 y 395 LEC— es manifestación de una regla de carácter más general que se dispone en el art. 7.3 del proyecto en estos términos: «Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas

o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

La falta de colaboración, conforme a lo expresado en esta regla, no se ciñe a la negativa a acudir o participar en el procedimiento, sino a la actitud observada durante su desarrollo<sup>15</sup>. Tener constancia de ello no deja de ser problemático por cuanto pueda atentar contra el deber de confidencialidad. El art. 10 del proyecto dispone que, cuando haya intervenido un tercero neutral gestionando la actividad negociadora, deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar, entre otros extremos, «La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente» lo que invita a sostener que también puede (debe) reflejar lo contrario, si eso es lo que ha acaecido, y que, en tal caso, deberá fundamentarlo. En ese documento, el tercero que lo confecciona podrá expresar que los intentos de acercar posiciones o de delimitar los términos de la controversia o las propuestas formuladas por una de las partes (sin especificar en qué han consistido estas) no han recibido respuesta por la otra y que, de ese silencio, se colige la falta de actitud colaborativa de esta última, lo que en definitiva no permite calificar su intervención en el procedimiento ajustada a la buena fe. Si faltara esta fundamentación —si el tercero neutral omitiera (silenciara) las razones de su declaración a este respecto—, ninguna consecuencia adversa debería derivarse para quien es señalado por su actitud no colaborativa.

c) Retirarse del procedimiento negociador sin decir por qué no debería, en cambio, producir ningún efecto negativo en la parte que así procede. Adviértase que tales efectos se prevén en las normas proyectadas para los casos en que se

---

<sup>15</sup> Esta apreciación se confirma con la lectura del párrafo noveno de la disposición adicional séptima del PLOEPSJ. En ella se regula la reclamación previa en los casos a los que se refiere el apartado quinto (incorporado por el proyecto) del art. 439 LEC. Se trata de las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria para las que se requiere haber reclamado previamente al profesional o entidad el reconocimiento del carácter abusivo y la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas. El párrafo de la DA 7<sup>a</sup> al que me he referido establece: «La posición mantenida por las partes *durante* esta negociación previa podrá ser valorada en el seno del proceso ulterior, caso de haberlo, a los efectos previstos en el artículo 394 y, en su caso, en los artículos 245 y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (la cursiva es mía): es decir, a los efectos del pronunciamiento sobre costas (art. 394), de la tasación (art. 245) y las sanciones por haber actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal o abuso del servicio público de Justicia (art. 247) preceptos todos ello ellos modificados por el proyecto.

rehúsa participar en un medio adecuado para la solución de controversias, es decir, para la inasistencia inicial, no para la retirada del procedimiento. Esto es coherente con la doctrina que, en materia de litigación de consumidores, estableció la STJUE de 14-6-2017 (C-75/16, Menini y Rampanelli): «respecto a la cuestión de si la Directiva 2013/11 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional conforme a la cual los consumidores únicamente pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que concurre una causa justificada que sustente su decisión, so pena de ser sancionados en el procedimiento judicial ulterior, se ha de considerar que tal limitación constituye una restricción al derecho de las partes de acceder al sistema judicial que es contraria al objetivo de la Directiva 2013/11, recordado en su artículo 1. En efecto, la eventual retirada del consumidor del procedimiento de resolución alternativa no debe tener consecuencias desfavorables para este en el contexto del procedimiento jurisdiccional relativo al litigio que haya sido, o hubiera debido ser, objeto del procedimiento de resolución alternativa».

Como bien cabe advertir, la atención que dispensa el legislador a la falta de actitud colaborativa se mueve dentro de los márgenes del procedimiento negociador previo al proceso. Pero trasciende a este: no para procurar su orden, buen desarrollo y cumplimiento del fin que le es propio, sino para potenciar el arreglo amistoso y desincentivar la litigación. Gravita sobre todo ello «la noción de abuso del servicio público de Justicia» que la exposición de motivos (EM V, párr. 13) exemplifica «en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema».

Los riesgos se manifiestan con claridad: el desplazamiento de lo procedente por lo factible y la degradación del carácter preceptivo de la norma o, si se prefiere, la relajación de su exigibilidad.

### **El silencio y el deber de cooperación en las Reglas Modelo Europeas**

La valoración de la actitud colaborativa marca una de las tendencias que se observan en la evolución del Derecho procesal civil europeo. Muestra destacada de ello son las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil (*Model European Rules*

*of Civil Procedure*)<sup>16</sup> adoptadas por ELI y UNIDROIT en 2020. A este respecto, la ley española y, especialmente, las reformas emprendidas bajo el signo de la eficiencia reflejan un buen número de puntos coincidentes, o cuando menos convergentes, con las disposiciones que incorporan las Reglas Modelo. En estas, el art. 9 erige en deber de las partes cooperar en la búsqueda de una solución consensuada antes de incoar el proceso, un deber que se reitera en el art. 51 y que, como enseguida veremos, va más allá. Propiciar la avenencia, una vez que el proceso está en curso, es también un deber del tribunal (art. 10) y, para ello, se prevé que pueda asistir a las partes en la consecución de un acuerdo transaccional, así como en su redacción; pero este protagonismo judicial tiene sus límites: si accede a información en ausencia de una de las partes, no podrá dictar sentencia en el asunto. Recae sobre las partes la carga (y la estrategia) de cómo administrar la información —tanto en el qué (qué aportar y qué silenciar) cuanto en el cómo (en comunicaciones y sesiones simultáneas y conjuntas o por separado)—, sabedores de que el tribunal, al resolver sobre la imposición de las costas (art. 241.2), podrá tener en cuenta

«la conducta de las partes y, en especial, si se han conducido con buena fe y si han contribuido a una resolución justa, eficaz y rápida del litigio».

Por tanto, la incomparecencia, la omisión de respuesta a las invitaciones a negociar o delimitar la controversia, el silencio ante las propuestas formuladas serán factores a ponderar por el tribunal para decidir a quién se le deben imponer las costas y en qué medida (esto es, qué parte de las causadas debe reembolsar al contrario), precisándose que pueden comprender los de preparación del proceso (art. 240).

La falta de cooperación —y el silencio puede entenderse como tal— se proyecta también sobre el procedimiento probatorio. Así, el art. 99 recoge la posibilidad de imponer sanciones con fundamento en la incomparecencia, la negativa a contestar a las preguntas pertinentes, la falta de aportación de documentos u otros medios de pruebas y la obstrucción de cualquier otro modo de la actividad probatoria.

Pero las Reglas Modelo van más allá al proyectar el deber de cooperación de las partes sobre la propia gestión del procedimiento judicial: esto es, en la

---

<sup>16</sup> Pueden consultarse en <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules/> La traducción española ha sido realizada por Fernando Gascón Inchausti y Marco de Benito Llopis-Llombart

búsqueda de un acuerdo (art. 9) y en el desarrollo mismo del proceso (arts. 2, 3 y 6). Las partes pueden pedir que se adopte cualquier medida de gestión e impulso del proceso y si esa petición responde a una solicitud conjunta de ambas partes, el tribunal no adoptará otra distinta sin justa causa (art. 50); entre esas medidas se encuentran las relativas a la celebración de audiencias, al calendario procesal (plazos para las actuaciones a realizar por los partes o sus abogados), al orden en que han de enjuiciarse las cuestiones litigiosas, a la exhibición e intercambio de pruebas, a la renuncia a los recursos, a la posibilidad de interponer el recurso *per saltum*... El silencio, a este respecto, se traduce en la opción por la gestión del procedimiento conforme a las reglas legales o las disposiciones acordadas por el tribunal que podrán ser objeto de contradicción por las partes.

El deber de cooperación que opera durante el proceso se extiende a la propia delimitación del objeto (*la res de qua agitur*) que, por regla general, tendrá lugar con los escritos iniciales, pero que puede someterse a precisiones o sufrir alteraciones como consecuencia de las aclaraciones o complementos que requiera de las partes el tribunal (art. 24.1) o de las pruebas obtenidas de la exhibición de las demás partes (art. 55.1).

La falta de actitud colaborativa es lo que puede conducir al tribunal a extraer inferencias adversas para quien obra de ese modo, consecuencias que, en relación con la determinación de los hechos, pueden comportar que se tengan por reconocidos o ciertos, pero que, con carácter general —es decir, respecto de la gestión del procedimiento— pueden consistir en la condena a una parte a su abogado a soportar los costes del incumplimiento o en la imposición de multas, periódicas o no, o de sanciones disciplinarias, o incluso en la condena por desacato (art. 27.3). La imposición de las costas o de multas, así como de sanciones disciplinarias parece querer dar respuesta a aquellos casos en que se permite un cumplimiento tardío, es decir, en los que no se observa una falta absoluta de cooperación, aunque sí una negligencia que no se quiere castigar con la severidad que comportaría la exclusión total del acto realizado de modo intempestivo. Disponer así las cosas comporta atribuir un amplio margen de discrecionalidad al tribunal con la entrada en juego del principio de proporcionalidad.

### **El silencio del demandado determinante de la fundamentación fáctica de la pretensión y el silencio del demandante determinante del alcance de la pretensión**

En el plano referido estrictamente al curso del procedimiento y al enjuiciamiento, las dos principales consecuencias desfavorables para la parte que incurre en la inobservancia de las normas o cargas procesales —en el sentido de que deja

de hacer (o de decir) aquello que debe o que le brinda una ocasión o la evitación de un perjuicio— son la preclusión y la admisión de hechos o la conformidad con las alegaciones o la pretensión formuladas por el contrario. De lo primero me ocuparé en la segunda parte de este capítulo. Ahora es momento de detenerse en lo segundo.

La admisión de hechos (expresa o tácita), cuando del procedimiento probatorio se trata (ya sea sobre su desarrollo o sobre su falta de necesidad), significa la fijación como ciertos a efectos del proceso de los afirmados por una de las partes. La cuestión adquiere una especial relevancia cuando la admisión, derivada del silencio del demandado, se proyecta sobre todos los hechos alegados en la demanda (el fundamento fáctico de la pretensión), es decir, cuando la ley excepciona la regla de carácter general conforme a la cual la falta de contestación no hace perder a los hechos afirmados por el demandado su carácter de controvertidos y, por tanto, necesitados de prueba. Es lo que acontece en los procedimientos por lo que se encauzan las demandas de tercerías.

Pero, además, y como consecuencia de los cambios introducidos por el Real Decreto-ley 6/2023, hay que reparar en una disposición incorporada al procedimiento del proceso monitorio conforme a la cual el silencio del solicitante incide en la determinación —a la baja— de lo inicialmente reclamado.

#### *A) Las tercerías*

La admisión de los hechos alegados en la demanda es el efecto que se anuda a la falta de contestación de los demandados en las tercerías, en la de dominio (art. 602 LEC) y en la de mejor derecho (art. 618 LEC). Esta previsión legal tiene sus consecuencias tanto en la tramitación como en la resolución de fondo y exige atender, a su vez, a los eventuales supuestos litisconsorciales que se pueden plantear.

Unas y otras tercerías se sustancian por los trámites del juicio verbal (arts. 599 y 617.1 LEC). No era así en la redacción original de la ley puesto que remitía, en ambos casos, a los cauces del juicio ordinario; la modificación —acertada, pues eliminaba una complejidad procedural carente de fundamento— se produjo por virtud de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (en este caso, el cambio operado hacia honor al título de la ley); la unificación completa del trámite se produjo con la generalización de la contestación escrita para los juicios verbales (en la ley de 2011 se establecía para la tercería de mejor derecho y no para la de dominio). Puesto que la celebración de vista se condiciona a que el demandado la solicite en la contestación o que lo haga el

demandante después de que se le dé traslado de la contestación (art. 438.8 LEC), la falta de contestación elimina la eventualidad de que se pida la celebración de este trámite que se revela de dudosa utilidad, ya que solo parece tenerla en el hipotético caso de que el juez la estimase procedente por la concurrencia de algún defecto procesal apreciable de oficio sobre el que hubiera que oír al tercerista (y que, de ser subsanable, podría corregirse sin acudir al trámite de la vista). Si, como será lo frecuente, no hay vista por no haberse formulado contestación, el juez dictará sentencia sin más trámites en la que deberá partir de la certeza de los hechos admitidos sin margen de apreciación a este respecto. Lo frecuente será también que esa sentencia estime la demanda de tercería; pero no es este el efecto automático que la ley eslabona a la falta de contestación, de modo que no cabe excluir un pronunciamiento de sentido diverso: la sentencia será la que proceda conforme a Derecho; la vinculación del juzgador se circunscribe a la situación fáctica manifestada en la demanda<sup>17</sup>.

Tanto en lo que respecta al procedimiento como en lo que respecta al fondo, cobra una singular importancia la determinación de quiénes integran la posición pasiva, esto es, frente a quién se ha dirigido la demanda y si quien no es inicialmente demandado hace uso de la facultad que le otorga ley a través del instituto de la intervención procesal.

En la tercería de dominio, la demanda se dirigirá, como regla, solo frente al acreedor ejecutante; y se dirigirá necesariamente también frente al ejecutado cuando él haya designado como suyo el bien embargado (art. 600.I LEC)<sup>18</sup>; y no conviene olvidar que, en el primer caso, el deudor que no ha sido demandado podrá intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería (art. 600.II LEC). El tratamiento procesal del litisconsorcio ofrece la respuesta para aquellos casos en que solo uno de los demandados haya dejado de contestar a la demanda de tercería: únicamente el silencio de ambos producirá el efecto establecido en la norma,

---

<sup>17</sup> En este sentido, LAFUENTE TORRALBA (2009: 316) y FERNÁNDEZ CARRON (2010: 530 y 531).

<sup>18</sup> Como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001: 316 y 317), este litisconsorcio necesario — impuesto por una norma procesal y no por una norma sustantiva (no hay vínculo anterior de naturaleza sustantiva entre los litisconsortes)— obedece a dos razones: a) tanto ejecutante como ejecutado pueden tener interés legítimo en que se rechace la tercería de dominio (el ejecutante tiene interés en que el bien trabado no desaparezca del patrimonio del ejecutado; este último se ha atribuido la titularidad del bien, de ahí que la demanda deba dirigirse también frente a él); b) el pronunciamiento que pretende el tercerista (el alzamiento de la traba) es, en sí mismo, indivisible; no puede levantarse frente al ejecutado y mantenerse frente al ejecutante.

En la tercería de mejor derecho, en lo que respecta a la legitimación pasiva, la ley distingue en función de que el crédito del tercerista esté o no documentado en un título ejecutivo. La demanda deberá dirigirse en todo caso frente al ejecutante, pues lo que persigue es que se declare su preferencia y, por tanto, anteponer su crédito. Si no dispone de un título ejecutivo frente al ejecutado, habrá de dirigirla también frente a él porque para tener mejor derecho es preciso, primero, que se declare el derecho y que esa declaración (de condena) tenga fuerza ejecutiva para poder hacerla valer en un proceso de ejecución. En este caso se produce una situación de litisconsorcio necesario<sup>19</sup> a la que habrá que aplicar el tratamiento procesal propio de esta institución: si uno de los litisconsortes contesta, no operará la admisión de hechos ligada al silencio<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ciertamente, como advierte FERNÁNDEZ CARRON (2010: 229 y 230), no nos hallamos ante una relación jurídico-material única con pluralidad de sujetos (una sola acción en que la parte pasiva se integra por una pluralidad de personas), sino ante una norma que impone el ejercicio conjunto de dos acciones en las que el sujeto pasivo de cada una de ellas es diferente. Y el modo de imponer esa acumulación no es otro que la constitución de un litisconsorcio (como la rúbrica del art. 617 anticipa).

<sup>20</sup> VEGAS TORRES (2001: 1082) sostiene una opinión distinta. Para él, «si no contesta el ejecutante pero sí lo hace el ejecutado, deberá considerarse controvertida la existencia y exigibilidad del crédito en que se apoye la pretensión del tercerista, cuestiones sobre las que deberá admitirse y practicarse la prueba que soliciten las partes; en caso de que, finalmente, la sentencia estimase la acción de condena, entraría en juego la admisión “tácita” de los hechos en que se funde la preferencia del crédito del tercerista, admisión que, salvo error de bulto, en el planteamiento de la demanda, debería conducir también a la declaración de esa preferencia. Si es el ejecutado el que no contesta, pero sí lo hace el ejecutante, la admisión afectará a los hechos de la demanda en que se base la pretensión de condena al pago dirigida frente al ejecutado y en las actuaciones solo se admitirá y practicará la prueba que se proponga respecto de la preferencia del crédito del tercerista; si la admisión “tácita” de los hechos en que se funde la pretensión de condena conduce (como cabe esperar que suceda) a la estimación de esta pretensión, deberá dilucidarse después, con arreglo al resultado de las pruebas, la preferencia entre los créditos de tercerista y ejecutante. En ninguno de estos dos casos, por lo demás, la falta de contestación de uno solo de los demandados permite por sí sola simplificar el procedimiento prescindiendo de la prueba». Participa de este parecer FERNÁNDEZ CARRON (2010: 535 y 536) cuando sostiene que «basta con que uno de los demandados haya dejado de contestar a la demanda para que se admitan los hechos que respecto de él afirma el tercerista, pero solo esos, y siempre que no se trate de hechos comunes, en cuyo caso habrán de probarse. Así, la falta de contestación del ejecutante afecta de manera exclusiva a los hechos de la demanda en que se funde la pretensión de preferencia; y la falta de contestación del ejecutado afecta a los hechos en que se base la pretensión de condena». A este respecto, y partiendo de que se trata de dos acciones íntimamente conectadas por un vínculo de prejudicialidad, apunta LAFUENTE TORRALBA (2009: 318 y 319) que «los hechos que fundamentan la pretensión de condena no pueden aislarlos completamente de los que sustentan la preferencia del tercerista [...]. Lo contrario, además supondría dejar una puerta abierta al fraude: al ejecutado le bastaría con no contestar a la demanda de tercería, para que se diera por sentada la veracidad del crédito que en ella se afirma». Por ello, en el caso de que el ejecutado no conteste y sí lo haga el ejecutante,

También la tercería de mejor derecho, como en la de dominio, prevé la ley que el ejecutado no demandado pueda intervenir en el procedimiento. Si decide hacerlo, se suscita la cuestión de qué consecuencia ha de ligarse al silencio del ejecutante si este no ha contestado a la demanda. La incorporación del interviniénte supone su consideración como parte a todos los efectos (art. 13.3 LEC); para impedir que se produzca la admisión de hechos, habrá de solicitar su intervención en el plazo que la ley dispone para la contestación a la demanda, pues solo contestando podrá provocar que los hechos afirmados en la demanda se tengan por controvertidos, ya que la admisión de la intervención no retrotrae las actuaciones (y, recuérdese, que conforme a lo establecido en el art. 617.3, un apartado que se incorporó con la Ley 13/2009, la admisión de la demanda de tercería se le debe notificar al ejecutado, aun cuando no fuere demandado). También al que no estuviera personado en la ejecución. De no haberse procedido del modo señalado, las alegaciones que formule tras la admisión de su intervención tardía deberán ser tenidas en cuenta como si se hubieran hecho en el momento oportuno.

La notificación de la demanda de tercería de mejor derecho al ejecutado no demandado adquiere un especial relieve si tenemos en cuenta que el tercerista —que tiene documentado su crédito en un título ejecutivo— está ejercitando no solo la acción para que se declare su preferencia, sino también la acción ejecutiva con la que obtener su satisfacción. Por tanto, el ejecutado que haga uso de la intervención procesal podrá articular en las alegaciones que formule las causas de oposición a la acción ejecutiva del tercerista y el juez resolverá sobre ellas en la sentencia que decide la tercería. Surge la duda en el caso de que el ejecutante,

---

concluye: «los hechos constitutivos de la pretensión de condena contra el ejecutado seguirán necesitados de prueba pero el ejecutante tendrá la carga de admitirlos o negarlos expresamente, de acuerdo con lo establecido en el art. 405.2 LEC; si no lo hace, limitándose por ejemplo a cuestionar la preferencia que se arroga el actor, el juez podrá interpretar su silencio, ahora sí, como una admisión tácita de aquellos hechos y dar por cierta la existencia y exigibilidad del crédito». La imposición de esta carga —y el efecto anudado a su inobservancia— parecen excesivos; quienes están en las condiciones idóneas para argumentar acerca de la existencia y exigibilidad del crédito son el ejecutado y el tercerista; el ejecutante puede desconocer las circunstancias que permiten afirmar o negar tales extremos, como tampoco sabrá, al formular su contestación, cuál va a ser la reacción del ejecutado frente a la demanda de tercería (el silencio o la defensa activa), por lo que, de prosperar la interpretación propuesta por el prof. Lafuente, abocaría a una negativa genérica y *ad cautelam* del ejecutante en su escrito de contestación. En mi opinión, basta con sostener que, al no desencadenarse el efecto de la admisión de hechos establecido en el art. 618 por no concurrir el supuesto al que se anuda —en definitiva, al no operar la regla especial que en él se contiene—, será de aplicación la regla general, es decir, la que, conforme a lo establecido en el art. 496.2 LEC, conduce a entender que se trata de hechos necesitados de prueba y que, por su carácter de hechos constitutivos, deberán ser acreditados por el demandante.

y solo él, haya contestado a la demanda negando la preferencia del tercerista y la sentencia declare el mejor derecho de este último. Puesto que con la admisión de la demanda no se le dio plazo al ejecutado para contestar, parece lógico que se le abra ahora la posibilidad de formular oposición a la ejecución que se sigue con el tercerista, de modo que el silencio mantenido —la falta de solicitud de intervención y, con ella, la ausencia de alegaciones— no puede deparar la clausura de su derecho a oponerse. La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho, a diferencia del auto que resuelve la de dominio, produce efecto de cosa juzgada; comparto la opinión<sup>21</sup> de que se extiende no solo a la preferencia, sino también a la existencia y exigibilidad del crédito, pero deben igualmente tenerse en cuenta los límites subjetivos (*res iudicata inter partes*), de modo que el ejecutado que no ha sido demandado ni ha actuado como interveniente no tendrá óbice a tal respecto para, a través de la oposición, cuestionar la acción ejecutiva del tercerista.

En cambio, el silencio observado por ejecutante y ejecutado, cuando ambos hayan sido demandados, desplegará sus consecuencias a través de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia respecto las cuestiones que hayan podido discutirse sin restricciones en el procedimiento de tercería, por consiguiente, tanto respecto de la prelación del crédito como de su existencia y exigibilidad, lo que cierra la puerta a su planteamiento y discusión en un ulterior proceso.

El silencio ofrece para los demandados un aliciente, tanto en la tercería de dominio como en la de mejor derecho (arts. 603.II y 620.1.II LEC): aunque se estime la demanda, no se les impondrán las costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en su actuación procesal. Esta última prescripción solo se contiene en el art. 603, pero la identidad de *ratio* que informa uno y otro precepto invita a extenderla al supuesto del art. 620<sup>22</sup>. Además, como es pro-

---

<sup>21</sup> A este respecto, LAFUENTE TORRALBA (2009: 405-410).

<sup>22</sup> La SAP de Burgos (sec. 3º) 183/2007, de 27 de abril, participa de la interpretación que conduce a sostener que la falta de contestación a la demanda de tercería de mejor derecho comporta la no imposición de costas, pero, en cambio, entiende que esa regla no admite la excepción recogida en la regulación de la tercería de dominio sobre la base de que se aprecie mala fe: «De la regulación de la tercería de mejor derecho en la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de su especialidad en materia de costas, se desprende que la única posibilidad de imponer las costas al demandado ejecutante es cuando contesta para oponerse a la demanda. Si se allana, o si no contesta, en la medida en que el artículo 618 asigna a esta última actitud la admisión de los hechos de la demanda, no habrá imposición de costas. Ni tan siquiera se hace en la tercería de mejor derecho la misma salvedad que en la tercería de dominio en cuanto a la posibilidad de apreciar mala fe en la parte ejecutante, cuando esta no contesta a la demanda, por lo que será de aplicación a la tercería de mejor derecho el mismo principio que el artículo 603 señala para la tercería de dominio en el sentido de que «a los demandados que no contesten no se les impondrán las costas»».

pio de la apreciación de mala fe cuando de las costas se trata en los casos en que el sujeto al que se le imputa permanece pasivo en el procedimiento, su valoración deberá tomar en consideración la conducta observada antes y fuera de él, es decir, no solo la mantenida en el proceso de ejecución, sino en la que precedió a este, pues los actos u omisiones destinados a entorpecer o impedir la satisfacción del tercerista pueden haber tenido lugar antes y durante el proceso de ejecución. La no imposición de costas en estos casos de silencio encuentra su fundamento en dos razones confluientes: no poner obstáculos al reconocimiento del derecho ajeno y facilitar la pronta resolución del procedimiento (en este caso, de la tercera) que, a su vez, permite encauzar adecuadamente el proceso de ejecución.

Cabría considerar que las dos razones apuntadas sirven también para fundar la opción legal por la admisión de hechos cuando no hay contestación a la demanda de tercera. Pero si bien se observa, en este caso no hay estímulo para quien obra de ese modo, aunque sí beneficio para el sistema. El fundamento principal se encuentra en una máxima de experiencia: quien calla nada tiene que objetar ni oponer al relato de los hechos expresado por el contrario y, por tanto, se descarga al tercerista demandante de probar los hechos que hubiera alegado. La ley, no obstante, quiere reservar al juzgador la apreciación de la consecuencia jurídica anudada a esos hechos (lo que proceda en Derecho) que, necesariamente y sin margen alguno de ponderación, ha de tener por admitidos. Por lo común, la admisión abocará a la estimación de la demanda; pero el legislador ha preferido no descartar la posibilidad contraria, por improbable que resulte.

#### *B) El silencio del solicitante en el proceso monitorio*

El Real Decreto-ley 6/2023 ha modificado el art. 815 LEC. En su redacción anterior, el apartado tercero del mencionado precepto recogía la posibilidad de que el juez planteara al peticionario aceptar o rechazar una propuesta de requerimiento de pago por un importe inferior al inicialmente solicitado, especificando su monto, y sobre la base de que se hubiera advertido que la cantidad reclamada no era correcta. El silencio del solicitante en el plazo concedido para ello (diez días) se asimilaba al rechazo, es decir, comportaba que se le tuviera por desistido. Dispone ahora la ley, que el silencio equivale a la aceptación de la propuesta (quien calla otorga) con dos consecuencias: 1) el requerimiento que se dirija al deudor lo será por el importe que el juez hubiera fijado en su propuesta, es decir, ese será el objeto de la reclamación; y 2) lo no reclamado —lo que excede de la cantidad por la que el deudor es requerido de pago y que inicialmente pretendía reclamarle el acreedor— podrá ser objeto de una acción de reclamación de can-

tidad en un proceso distinto —no hay renuncia del acreedor ni pronunciamiento del juez con eficacia excluyente—, pero, si ejercita esa acción, necesariamente habrá de formularse en el correspondiente proceso declarativo, esto es, se cierra la puerta a que pueda serlo en un nuevo proceso monitorio.

Además, esta previsión legal se extiende a otro supuesto: se trata de aquel en que la deuda se funde en contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario y en el que el juez estime que alguna de las cláusulas que haya servido para fundar y determinar la cantidad reclamada pueda ser calificada de abusiva<sup>23</sup>; en tal caso, podrá también plantear una minoración del importe reclamado<sup>24</sup> que se establecerá excluyendo del interesado por el acreedor el que corresponda a la aplicación de la cláusula. Comunicada la propuesta al peticionario, si este nada dice, se entenderá aceptada y se requerirá al deudor por dicha cantidad. Si la cláusula es abusiva o no es cuestión que no se juzga en este trámite lo que conduce, como en el caso anterior —el de la incorrección de la cantidad a la vista de la documentación aportada— a que el acreedor pueda reclamar la cantidad debida en aplicación de dicha cláusula en un proceso ulterior, que no podrá ser un monitorio.

La consecuencia anudada al silencio descubre un fundamento distinto al de otras previsiones legales. Busca el legislador agilizar el procedimiento y atender más prontamente a la tutela del reclamante si esta no es discutida. Lo hace expulsando de la tramitación del monitorio una cuestión compleja, como es el

---

<sup>23</sup> La apreciación del juez del posible carácter abusivo de las cláusulas solo puede efectuarse si el contrato en que contienen se ha aportado. Como consecuencia de la STJUE de 19-12-2019 (C-453/18 y C-494/18, *Bondora*), se ha modificado el apartado segundo de la disposición final vigésima tercera (la que tiene por objeto facilitar la aplicación en España del proceso monitorio europeo): conforme al Reglamento que disciplina este proceso (RPME), a la petición de requerimiento de pago no hay necesidad de aportar documentación alguna y nada se preveía en él respecto del control de la posible concurrencia de cláusulas abusivas. La sentencia *Bondora*, partiendo de una interpretación conjunta del RPME y de la Directiva 93/13, concluye que el juez nacional, ante el que se haya formulado una petición de requerimiento europeo de pago, puede pedir al peticionario «la información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas». Esta doctrina se traslada a la referida DF 23<sup>a</sup>. En cambio, una previsión como esta se omite en la regulación y en las modificaciones introducidas en los arts. 812 y siguientes de la LEC; la omisión tendrá que salvarse por vía interpretativa, lo que puede provocar divergencias entre unos y otros órganos jurisdiccionales que no contribuyen a la seguridad jurídica.

<sup>24</sup> Si la cláusula que el juez estima que puede ser abusiva fuera el fundamento de la petición y no solo de una determinada cantidad, no habría lugar a la propuesta de minoración, sino que directamente provocaría una resolución de inadmisión.

examen de la abusividad de las cláusulas, y la discusión sobre el importe que no esté incontrovertidamente documentado; de ese modo, pretende preservar las características propias del monitorio como un instrumento que facilita la tutela del crédito sobre la base de que su existencia no es discutida, sino que su cumplimiento es resistido. Y, por ello, deriva lo que podría ser objeto de disceptación a otro proceso, procurando en el seno del monitorio la satisfacción del acreedor en aquellos extremos que no resulten controvertidos, a salvo siempre de que puedan serlo si el deudor formula oposición. Este modo de disponer las cosas no deja de ser problemático, como tendremos ocasión de exponerlo *infra* en el apartado 2.3.

### **El silencio determinante del juicio estimatorio**

En otros casos, sin embargo, el efecto anudado al silencio va más allá: conduce, imperativamente, a la estimación de la pretensión. Podemos agruparlos en dos categorías: las tutelas sumarias y las que se encauzan a través de procedimientos de técnica monitoria.

#### *A) Las tutelas sumarias*

1<sup>a)</sup>) Tutela para la adquisición de la posesión en virtud de sucesión *mortis causa*

Para tutelar la adquisición de la posesión en virtud de sucesión *mortis causa*, siempre que los bienes no estuvieran poseídos por nadie a título de dueños o usufructuario (el antiguo interdicto de adquirir), el art. 250.1.3º LEC establece que se ha de seguir el cauce del juicio verbal, en el que se introducen algunas especialidades partiendo de su naturaleza sumaria, de la que participan otros juzgios posesorios (art. 447.2 LEC). En lo que ahora interesa, debe recordarse que el procedimiento se articula en dos fases: en la primera (una actuación de jurisdicción voluntaria), el tribunal después de oír a los testigos propuestos por el actor en su demanda, dicta un auto que, de forma interina, deniega u otorga la posesión solicitada: el auto que la conceda se tiene que publicar en el Tablón Edictal Judicial único, instando a los interesados a comparecer y reclamar mediante contestación a la demanda si consideran tener mejor derecho que el demandante. La contestación es lo que desencadena la segunda fase, de naturaleza contenciosa que, sin limitaciones probatorias, se decidirá por sentencia. Pero si la respuesta es el silencio (si nadie comparece), la consecuencia que anuda la ley a ese hecho es la confirmación al demandante en la posesión previamente otorgada (lo que se hará por auto). Son varias las razones que confluyen para fundamentar el sentido de esta disposición normativa: a) el actor tiene que haber acompañado a su

demandar los documentos que acrediten su condición de heredero respecto de los bienes cuya posesión solicita; b) el reclamante es quien se encuentra en la mejor posición para acreditar ser él el heredero o legatario de los bienes objeto de la pretensión, haber estado en posesión de esos bienes o tener derecho a ellos por título dominical o usufructo; c) el plazo que se concede a los eventuales reclamantes para pedir la obtención o recuperación de la posesión es amplio (cuarenta días), muy superior al establecido para la contestación en el juicio verbal, lo que se explica atendiendo a la comunicación edictal mediante la que se da noticia de la solicitud del actor; d) el carácter sumario de la tutela concedida (la resolución confirma la posesión otorgada provisionalmente «sin perjuicio de mejor derecho») no excluye ni prejuzga ulteriores reclamaciones.

2<sup>a</sup>) Tutela para recuperar la posesión (en especial, de la vivienda ocupada ilegalmente)

Cuando el objeto del proceso consista en restaurar la situación posesoria de la vivienda de quien ha sido despojado de ella (el antiguo interdicto de recobrar la posesión), el ordinal cuarto del art. 250.1 LEC dispone que se habrá de articular por el juicio verbal que cuenta con las especialidades establecidas en los arts. 150.4, 437.3 bis, 438.7, 439.6 y 444.1 bis LEC. Estas especialidades —introducidas por la Ley 5/2018, de 11 de junio<sup>25</sup>, y modificadas, parcialmente, por el Real Decreto-ley 6/2023— obedecen al claro propósito de reforzar este tipo de tutela, necesitada de una respuesta más eficaz que la hasta entonces proporcionada por el ordenamiento en relación con el fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas. Pero a las mencionadas, y de sentido inverso, hay que sumar las que incorporó la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, a través de su disposición final quinta: de sentido inverso puesto que su finalidad no es reforzar la tutela del titular del derecho vulnerado (la tutela del derecho), sino proteger a los ocupantes de viviendas que se hallan en situación de vulnerabilidad (la tutela de una situación de hecho, no amparada por el Derecho, mediante su prolongación en el tiempo y la obstaculización de la recuperación inmediata de la posesión).

Para anudar al silencio del demandado los efectos que enseguida veremos, la demanda ha de cumplir con una serie de requisitos, teniendo en cuenta, como presupuesto de su procedencia y admisión, que la ley restringe la legitimación activa a determinados sujetos, esto es, a las personas físicas propietarias o poseedoras legítimas por otro título, las entidades sin ánimo de lucro y las entidades

---

<sup>25</sup> La ley superó el control de constitucionalidad: STC 32/2019, 28 de febrero.

públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social (art. 250.1.4º), lo que excluye, señaladamente, a las entidades bancarias e instituciones de inversión colectiva.

El actor debe acompañar a su demanda el título en que funde su derecho a poseer<sup>26</sup> y, para paliar las dificultades de identificación del demandado, la ley permite dirigirla frente a los ignorados ocupantes. Utilizando los términos de la STC 39/2019, se desconoce su identidad, no su paradero; por ello, lo que se debe cuidar especialmente es la notificación: el carácter residual de la comunicación por edictos invita a sostener que, puesto que esa modalidad queda restringida a aquellos casos en que no conste un domicilio conocido del demandado o resulte imposible la notificación personal en él, debe procederse como regla a practicar la comunicación personalmente, es decir, mediante la entrega de la citación al ocupante que fuere hallado en la vivienda; el funcionario encargado de llevarla a cabo puede ir acompañado de agentes de la autoridad (art. 441.1 bis) y documentará la entrega mediante la correspondiente diligencia. Por ello, como señala la STC 39/2019, «Solo en el caso de que el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial [hoy, Tablón Edictal Judicial Único], previa advertencia de tal extremo al interesado, lo que asimismo se hará constar en la diligencia (arts. 161.2 y 164 LEC)».

En definitiva, si se ha procedido del modo indicado (notificación personal al ocupante que haya sido hallado en la vivienda al practicarse el acto de comunicación o notificación edictal, si se ha negado a recibirla o a firmar) habrá que concluir que se han respetado las garantías procesales, que los demandados han disfrutado de la posibilidad de contestar y alegar lo que tengan por conveniente y, en consecuencia, será en tales casos en los que habrá que aplicar las consecuencias establecidas por la norma para los supuestos de falta de contestación.

Pero el silencio no se reduce a ese acto ni afecta solo a la parte demandada y, además, se extiende a los procesos en que se pretende el lanzamiento del demandado del inmuebles, es decir, a aquellos que tienen por objeto la recuperación de

---

<sup>26</sup> Como expone SCHUMANN BARRAGÁN (2018: 8), «Parece, por tanto, que, como consecuencia de la regulación legal, el proceso está restringido solamente a aquellos que tienen un derecho a poseer fundado en el derecho de propiedad o en algún otro título documentado». Recordando la explicación del prof. Díez-Picazo y Ponce de León —que señalaba que «la posesión sería la cara visible de una moneda cuya otra cara estaría representada por el derecho de donde emana aquella posesión»—, Schumann concluye que la nueva regulación exige acreditar las dos caras de la moneda, esto es, el estado posesorio previo y el derecho a poseer.

la posición de una finca por impago de las rentas debidas o expiración del plazo, por precario, por despojo u ocupación (como estamos viendo) o por oposición a la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro sin disponer de título para ello (ordinales 1º, 2º, 4º y 7º del art. 250.1 LEC).

Los silencios que deberá colmar oportunamente el demandante para evitar las consecuencias desfavorables que la ley establece (principalmente, la inadmisión de la demanda), son estos:

a) Si en el actor concurre la condición de gran tenedor de vivienda<sup>27</sup>, debe manifestarlo en la demanda y, en tal caso, deberá también especificar si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica<sup>28</sup> (una circunstancia que el actor puede desconocer o que le resulte imposible o de extrema dificultad conocer). De no hacerlo, se inadmitirá la demanda (art. 439.6 LEC).

b) Si en el actor no concurre la condición de gran tenedor de vivienda, también deberá manifestarlo en la demanda, porque el párrafo segundo del art. 439.6.b) exige acreditarlo acompañando la certificación del Registro de la Propiedad en la que conste la relación de propiedades a nombre de la actora. Su omisión acarrea igualmente la inadmisión de la demanda.

c) También la concurrencia o no de vulnerabilidad económica debe acreditarse, lo que podrá hacerse mediante el correspondiente documento expedido por los servicios de las Administraciones autonómicas o locales competentes en la materia, previo consentimiento del ocupante de la vivienda, o mediante declaración responsable emitida por el actor de que ha acudido a tales servicios sin obtener respuesta o sin que se hayan iniciado los trámites correspondientes (en los plazos que señala ley). El silencio de las Administraciones incide en el proceso; pero no solo él. También el del demandado: si este no consiente el estudio de su situación económica, dará pie a que se expida el oportuno documento acreditativo de tal circunstancia, sujeto también a un plazo de vigencia establecido por

---

<sup>27</sup> La LEC remite, a este respecto, a la definición que proporciona el art. 3.k) de la Ley 12/2023: «a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1500 m<sup>2</sup>de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa.»

<sup>28</sup> El apartado séptimo del art. 441 LEC ofrece unos parámetros objetivos que atienden a los ingresos de la unidad familiar en una escala gradual con referencia al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)

la ley. Son silencios que dilatan las actuaciones y, con ello, la tutela judicial del derecho; son entorpecimientos del proceso que perjudican a quien no los causa y que redundan en beneficio de quien, en su caso, los provoca.

d) Conviene al actor persona física acreditar, en su caso, que en él concurre la situación de vulnerabilidad (que, en este caso, puede ser económica o social<sup>29</sup>), puesto que las circunstancias acreditadas en autos son las que ponderará y valorará el tribunal, con arreglo al principio de proporcionalidad, para tomar la decisión (art. 441.7.I LEC).

e) Si el demandante es un gran tenedor, el inmueble objeto de la pretensión es la vivienda habitual del ocupante y este se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, aquel deberá acreditar que antes de presentar la demanda se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas (art. 439.7 LEC). Si no lo hace, se inadmitirá la demanda. Nuevamente nos encontramos con un requisito en el que puede incidir el silencio que no proviene de quien está llamado a observarlo; en efecto, si su solicitud dirigida a la Administración no es atendida o no se inician los trámites correspondientes, el actor acompañará una declaración responsable de que ha procedido como exige la ley con el justificante que así lo advere; tendrá que esperar a que el silencio se prolongue durante dos meses para ello.

47. Admitida la demanda, se impone atender a los eventuales silencios del ya demandado:

a) La ley (art. 441.1 bis) recoge la posibilidad de solicitar una medida cautelar anticipatoria (la inmediata entrega de la posesión de la vivienda); esta mención expresa es una concreción de lo que, al amparo de la norma general y de cierre que dispone el art. 727.11<sup>a</sup> LEC, cabría instar, si bien con algunas especialidades. El presupuesto del *fumus boni iuris* queda acreditado con el título en que el actor funde su derecho y que ha debido acompañar a la demanda para su admisión. El *periculum in mora* viene objetivado por el tiempo de privación de la posesión que puede prolongarse durante el curso del proceso y la ejecución de lo acordado<sup>30</sup>. No hay, por tanto, que acreditar el *periculum*. Tampoco tendrá el actor

---

<sup>29</sup> Para determinar las circunstancias determinantes de la vulnerabilidad social, pueden servir de pauta las situaciones enumeradas, a título ejemplificativo, en el art. 441.7 LEC que habrá que entender referidas no solo al actor, sino también a alguno de los miembros de su unidad familiar: dependencia, enfermedad, minoría de edad, víctima de violencia sobre la mujer.

<sup>30</sup> A este respecto, PÉREZ DAUDÍ y SÁNCHEZ GARCÍA (2017: 7) puntualizaban que, si la legitimación activa para instar esta tutela sumaria se extendiera a todos los propietarios, como ellos propug-

que ofrecer caución ni será procedente que la fije el juzgador para acordar y hacer efectiva la medida: así cabe entenderlo a la vista del tenor literal del precepto (que se limita a condicionar su adopción a que lo pida el demandante y, por remisión, a que este aporte el título de la posesión) y así se infiere también atendiendo a la finalidad de la norma: la celeridad y la eficacia de la tutela cautelar<sup>31</sup>. Su tramitación también presenta especialidades respecto del régimen general y, señaladamente, las que se vinculan al silencio. En efecto, el art. 441.1 bis prevé que, si se hubiera solicitado la medida cautelar, en el decreto de admisión de la demanda se requiera a los ocupantes de la vivienda para que, en el plazo de cinco días, aporten título que justifique su situación posesoria; si no lo aportan, el juez acordará la medida —por medio de auto irrecusable—, es decir, ordenará el desalojo y la inmediata entrega de la posesión al demandante. La aportación del título referido condiciona la posibilidad de formular alegaciones que, por otro lado, solo podrán versar sobre la concurrencia de los presupuestos de la medida cautelar (en este caso, los específicos del art. 441.1 bis, según hemos visto). Y a ello se añade que no hay previsión legal de celebración de vista previa a la resolución del incidente. Por consiguiente, el silencio del demandado se vincula a una sola actuación y se despliega en tres manifestaciones: la actuación es la presentación del escrito (o mediante comparecencia) en que se pide que se tenga por aportado el título justificativo de su posesión y se manifiesta en (1) que si lo omite, se adoptará la medida instada por el actor, (2) que solo si lo aporta, podrá alegar pidiendo la desestimación de lo solicitado y (3) que solo en este momento podrá hacer tales alegaciones, pues no tendrá ocasión ulterior en un eventual trámite de subsanación ni en una vista, al no resultar esta procedente.

b) Conforme a lo preceptuado en el art. 438.7 LEC —un apartado introducido por el Real Decreto-ley 6/2023—, si el demandado no contesta, se procederá de inmediato a dictar sentencia, una prescripción que sigue reproduciendo el art. 444.1 bis<sup>32</sup>. Se entiende que una sentencia estimatoria, puesto que, a continua-

---

naban, en el caso de la medida cautelar debería distinguirse en función de las características del solicitante y, a tal efecto, proponían que quedara eximido de acreditar el *periculum* el solicitante que no fuera propietario de pisos que superasen en 600 000 euros su valor, tomando como referencia el valor catastral de los mismos.

<sup>31</sup> En este sentido, PÉREZ DAUDÍ (2018).

<sup>32</sup> Que se haya llevado al art. 438 es técnicamente correcto, pues en este precepto en el que se regula la contestación a la demanda. No lo es, en cambio, duplicarlo en el art. 444 que ha pasado a tener como rúbrica *causas tasadas de oposición*, lo que únicamente justificaría el inciso intercalado entre la norma referida a la falta de contestación y la que excepciona el plazo de espera del despacho de ejecución, es decir, la que limita las causas que el demandado puede hacer valer en la

ción, el mismo precepto prescribe su eficacia ejecutiva, sujeta a que el actor inste la ejecución, con la especialidad de que, en este caso, no rige el plazo de espera de los veinte días establecido en el art. 548 LEC.

Anudar estas consecuencias al silencio del demandado —tanto en lo que respecta a la solicitud de medida cautelar como a la demanda principal— obedece al reforzamiento de la tutela que, en este caso, parte —y así lo confirma la conducta del demandado— no tanto de una controversia, sino de una situación ilegal. Y puesto que la tutela se otorga con carácter sumario, queda abierta la puerta para discutir el derecho (ahora sí, convertido en controvertido) en el proceso ulterior que eventualmente pueda plantearse con carácter plenario. Este reforzamiento queda diluido por las exigencias legales que, como hemos visto, ha incorporado la ley para admitir la demanda, como por ampliación de las circunstancias determinantes de la suspensión del procedimiento y su prolongación en el tiempo<sup>33</sup>

### 3º) Tutela para la efectividad de los derechos reales inscritos

También tienen naturaleza sumaria los juicios verbales en que se demanda por sus titulares la efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación (art 250.1.7º y 447.3 LEC). A estos procesos, según ha habido ocasión de anotar en el epígrafe anterior (al que ahora me remito), serán aplicables las especialidades recogidas en los apartados sexto y séptimo del art. 439 LEC, es decir, las que introdujo la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda.

La consecuencia que se anuda al silencio del demandado viene establecida en el art. 438.4 LEC (al que ha, dado nueva redacción el Real Decreto-ley 6/2023): si no contesta, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor. Esta prescripción se contenía antes en el art. 440.2 LEC. Uno y otro se refieren a la consecuencia señalada exigiendo que se advierta de ella al demandado: el art. 440.2 lo hacía con motivo de la citación para la vista anudando el efecto de la estimación de la demanda a la incomparecencia a tal acto; con mejor técnica, el vigente art. 438.4 indica que tal apercibimiento ha de realizarse en el emplazamiento para contestar

---

contestación y cuyo tenor sigue siendo el mismo que tenía antes: «La oposición del demandado podrá fundarse exclusivamente en la existencia del título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en falta de título por parte del actor».

<sup>33</sup> A este respecto, LÓPEZ SIMÓ (2024: 1249 y 1250).

a la demanda, puesto que cobra toda la lógica que sea la falta de contestación y no la incomparecencia a la vista el hecho determinante de que se dicte una sentencia estimatoria: ese es el momento —desde que se generalizó la contestación escrita en el juicio verbal<sup>34</sup>— para efectuar las alegaciones que tenga por conveniente (dentro de los límites que la propia ley establece) amén de que, verificado el silencio, la celebración de la vista pierde su sentido.

No es el único silencio del demandado al que se eslabona el efecto señalado. Pero su examen exige atender previamente a lo expresado por el actor. Conforme a lo establecido en el art. 439.2 LEC, el actor ha de pronunciarse, en su escrito de demanda, sobre las medidas que considere necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que recayere y sobre la caución a prestar por el demandado. Si no lo hace, se inadmitirá la demanda. Tal disposición no deja de presentar aspectos problemáticos.

a) El tenor literal del precepto invita a sostener que la solicitud de medidas es obligada para el actor<sup>35</sup>. A diferencia de lo que la propia norma establece respecto de la solicitud de caución que se ha de imponer al demandado, en el caso de las medidas no se alude a la posibilidad de que quien está llamado a pedirlas renuncie a hacerlo. No obstante, y en virtud de lo establecido en el régimen general de las medidas cautelares (art. 721 LEC) y del principio dispositivo (que en este caso no se ve desplazado por actuación de oficio alguna ordenada por la ley), estimo que no hay óbice a dar plena eficacia a la renuncia que, eventualmente, pueda expresar el actor a este respecto. Más forzado resulta sostener que el silencio guardado sobre este extremo bien podría interpretarse como señal de su falta de voluntad de instar la adopción de medidas cautelares, lo cual, por tanto, no impediría la admisión de la demanda<sup>36</sup>; lo cierto es que la norma eleva la solicitud a requi-

---

<sup>34</sup> Ese desajuste entre lo que decía el art. 440.2 y lo que desde la Ley 42/2015, de 5 de octubre, disponía el art. 438.1 (contestación escrita) llevaba a la magistrada y profesora CALDERÓN CUADRADO (2018:77) a abandonar la literalidad del primero con apoyo en una interpretación sistemática y reconducir la oposición al acto de la contestación escrita.

<sup>35</sup> En este sentido, SAP de Badajoz (sec. 2<sup>a</sup>) 285/2015, de 24 de noviembre.

<sup>36</sup> En este sentido, la SAP de Cantabria (sec. 3<sup>a</sup>) 122/2004, de 7 de abril, que resuelve el recurso frente a la inadmisión de la demanda: «Pese al tenor literal del precepto, las medidas aseguratorias (a las que se refiere con carácter general el art. 721.2 de la norma procesal) están sometidas al principio general de rogación y sólo pueden adoptarse cuando algún interesado las inste.

Las medidas aseguratorias o cautelares no deben ser aplicadas de oficio por el Tribunal y requieren siempre petición de parte, de forma que a la propia parte interesada le incumbe también concretar las específicas actuaciones que el órgano judicial ha de adoptar para obtener garantía de la efectividad de su derecho.

sito de admisibilidad. Por otra parte, teniendo en cuenta que las medidas pueden tener tanto un carácter conservativo (asegurar el estado del bien) como anticipatorio (evitar que se consolide, se prolongue o se intensifique la perturbación), no encuentro obstáculo a que se interesen como medidas para asegurar la efectividad de la sentencia aquellas que se espera obtener con el pronunciamiento de fondo que contenga esta, lo cual podría entenderse, a su vez, como cumplimiento del requisito establecido en el ordinal primero del art. 439.2 LEC<sup>37</sup>. En todo caso, convendría la reforma de este precepto para perfilar más adecuadamente el requisito referido y evitar su estricta aplicación literal como condicionante de la incoación de proceso<sup>38</sup>.

b) ¿Basta con que el actor pida la adopción de medidas, sin más requisitos, para que el juez las acuerde? A primera vista, parece conducir a ello la norma que se recoge en el art. 441.3 LEC: «En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, tan pronto se admita la demanda, el tribunal adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere».

El propósito del precepto no es tanto establecer un régimen especial para estas medidas como señalar el momento en que deben acordarse y diferir la eventual oposición del demandado a la contestación. Ciertamente, los presupuestos para su adopción se suavizan puesto que, por un lado, el *fumus boni iuris* se acredita con la aportación de la certificación literal del Registro de la Propiedad, sin contradicción alguna, que exige el art. 439. 2.3º LEC: el *periculum in mora* se asocia a la propia perturbación, algo que en la propia demanda se detallará

---

Esta parece ser, conforme a la mayoritaria opinión de la doctrina, la verdadera finalidad del art. 439.2.1º, y no, como parece sugerir su tenor literal, la de condicionar la admisión a trámite de la demanda a la imperativa formulación por el actor de una determinada propuesta de medidas aseguatorias».

<sup>37</sup> En este sentido, SAP de Valencia (sec. 6ª) 27/2003, de 15 de febrero. Se constata en ella que la actora en su demanda «solicita la adopción de aquellas medidas que considera necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia que eventualmente pudiera recaer justificando la razón de las que solicita en relación con lo establecido en el artículo 727 y siguientes de la propia norma buscando la adecuación de la medida al contenido del pronunciamiento que ulteriormente interesa en el suplico de su demanda»; por ello, concluye el tribunal, «la demanda cumple las prescripciones legales que justifican su admisibilidad a trámite, sin que el hecho de que el Juzgador de Instancia estime la improcedencia de las medidas solicitadas justifique la inadmisión *ad limine* de la demanda». En igual sentido, AAP de Huelva (sec. 3ª) 45/2009, de 30 de septiembre.

<sup>38</sup> Propugnaba su eliminación CALDERÓN CUADRADO (2018: 152), para quien «someter la admisión de la demanda a similar condición e instancia sería tanto como desnaturalizar la solicitud cautelar».

como fundamento de la pretensión; el actor deberá ofrecer y prestar caución (no hay exoneración expresa a este respecto, a diferencia de lo que dispone el art. 441.4 LEC), si bien, atendiendo a la solidez de la certificación que acredita la apariencia de buen derecho, su cuantía puede ser reducida. El juez puede acordar medidas menos gravosas que las solicitadas, incluso no acordar medida alguna. En todo caso, la decisión que adopte la recogerá en el auto por el que admite la demanda (esta resolución, por el enjuiciamiento que exige, no puede estar confiada al letrado de la Administración de Justicia).

c) El actor en su demanda también ha de expresar «la caución que, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 [que enumera las formas en que puede prestarse], ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio».

Si no lo hace, la demanda se inadmitirá. Cabe en este caso que renuncie a ello, algo que deberá hacer contar también en la demanda de modo expreso e inequívoco. Es precisamente ese carácter renunciable el que invita a sostener que el silencio observado por el actor a este respecto es un defecto subsanable, por lo que, de no observarse ningún otro que determine la inadmisión de la demanda, se habrá de concederle un plazo para que indique cuál es la caución que solicita o que renuncie a ella expresamente.

Las observaciones anteriores permiten enlazar con las consecuencias que la ley anuda al silencio del demandado. Su rigor justifica que haya de ser apercibido de ellas y el momento en que tendrá que serlo es el emplazamiento, es decir, al darle traslado de la demanda; la falta del debido apercibimiento determina la nulidad y la retroacción de las actuaciones. El demandado debe quedar advertido de la resolución que se dictará si no contesta a la demanda o si no presta la caución que haya acordado el tribunal: una sentencia estimatoria, conforme a lo dispuesto en el art. 438.4 LEC. Adviértase que, con la notificación de la demanda, se le estará comunicando también la cuantía de la caución que ha de prestar; por tanto, para que se admita la contestación deberá acreditar que la ha prestado<sup>39</sup>. A

---

<sup>39</sup> Lo expresaba con rotundidad el primer párrafo del art. 444.2 LEC en la redacción que mantuvo hasta el Real Decreto-ley 6/2023: «En los casos del número 7º del apartado 1 del artículo 250, el demandado sólo podrá oponerse a la demanda si, en su caso, presta la caución determinada por el tribunal en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley».

En todo caso, y dada la identidad de razón, así debe mantenerse como se colige de modo inequívoco de lo que en su momento señaló la STC 45/2002, de 25 de febrero: «la caución se confi-

este respecto, no queda claro si es dentro del plazo que para contestar cuando ha de prestarla o si solo se le emplazará para contestar después de haberla prestado dentro del plazo que, para ello, se le haya dado; tampoco la norma despeja el interrogante acerca de la posibilidad del demandado de cuestionar el importe de la caución: si no se ha abierto un trámite específico para ello, podrá recurrir en reposición la resolución en que se haya acordado y, si no lo hubiera hecho, podrá pedir su rebaja en la contestación a la demanda.

La naturaleza sumaria del proceso explica que el carácter tasado de las causas que puede hacer valer el demandado en la contestación a la demanda<sup>40</sup>. En todo caso, si no se ciñera a ellas, es algo que tendrá que resolverse en la sentencia.

Ligar la estimación de la pretensión al silencio del demandado —tanto en lo que respecta a la falta de contestación como la falta de prestación de caución— encuentra su fundamento en la razón que han recogido algunas sentencias<sup>41</sup>: se trata de una manifestación más del elevado grado de protección que el principio de legitimación registral dispensa al titular tabular con la mera presentación de una certificación del Registro de la Propiedad.

4<sup>a</sup>) Tutela por el incumplimiento de los contratos a que se refiere el art. 250.1.10º y 11º LEC

---

gura legalmente como una garantía que debe prestar el demandado (en cualquiera de las formas actualmente previstas en el art. 64.2 LEC) para que le sea *admitida* la oposición a la demanda» (la cursiva es mía). Y como también declaró esta sentencia, no queda exonerado de prestarla el beneficiario de la justicia gratuita por el hecho de tener reconocido tal derecho.

La SAP de Lleida (sec. 2<sup>a</sup>) 473/2018, de o de noviembre, recoge el criterio mayoritario mantenido por la jurisprudencia menor: fuera del supuesto en que el actor renuncie a señalar caución, «el tribunal ha de fijar el importe de la misma, que deberá prestar el demandado como presupuesto ineludible si pretende comparecer y contestar a la demanda, hasta tal punto que su falta de prestación determina la continuación del proceso con arreglo a lo solicitado por el demandante-titular registral, quedando vedada al demandado la posibilidad de oponerse (art. 444-2 de la LEC)».

<sup>40</sup> Matiza esta taxatividad CALDERÓN CUADRADO (2018: 79-81) al señalar que crece de sentido impedir el planteamiento de cuestiones de índole esencialmente procesal como la concurrencia de defectos del proceso (relativos a la capacidad, legitimación, postulación, litisconsorcio, inadecuación de procedimiento, litispendencia, cosa juzgada, defecto en el modo de proponer la demanda) o la solicitud, forma e importe de la caución e incluso se muestra partidaria de que pudieran tener cabida la resistencia a las peticiones accesorias o complementarias eventualmente formuladas y la inexistencia de la perturbación en sí misma considerada

<sup>41</sup> Es el caso de la SAP de Girona (sec. 1<sup>a</sup>) 401/2023, de 24 de mayo, como también puede advertirse en la motivación ofrecida por la SAP de Barcelona (sec. 17<sup>a</sup>) 927/2018, de 21 de diciembre.

Estos dos ordinales remiten a los cauces del juicio verbal —caracterizado también en estos casos por la sumariedad— el ejercicio de las siguientes acciones:

a) las que, fundadas en el incumplimiento del comprador de las obligaciones derivadas de los contratos de venta a plazos inscritos en el registro, tengan por objeto la condena del demandado a pagar una determinada cantidad de dinero que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos a plazos (art. 250.1.10º LEC);

b) las que, fundadas en el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, de arrendamiento de bienes muebles o de un contrato de venta a plazos con reserva de dominio inscritos en el registro, tengan por objeto la entrega inmediata del bien al demandante (arrendador financiero, arrendador o finanziador) en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de este, en su caso (art. 250.1.11º LEC).

En uno y otro supuesto, el actor, si no quiere ver inadmitida su demanda, deberá acompañar a esta la acreditación del requerimiento de pago al deudor —con diligencia expresa del impago y de la no entrega del bien— y la certificación de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles<sup>42</sup>.

Superado el trámite de admisión y emplazado el demandado, tres son las especialidades atinentes al silencio del demandado:

a) la falta de contestación —en un plazo que se reduce a la mitad respecto del ordinario— determina que el juez dicte una sentencia estimatoria irrecusable; a la falta de contestación se asimila la inasistencia a la vista sin causa justificada (art. 441.4.II y III LEC), si es que se ha acordado su celebración;

b) por otro lado, debe tenerse en cuenta el silencio impuesto al demandado al limitar las causas en que puede fundar su oposición (art. 444.3 LEC) y sancionar el incumplimiento de esta limitación, puesto que, si su oposición se fundara en una causa distinta, determinará también que se dicte, sin más trámites una sentencia estimatoria<sup>43</sup> (art. 441.4.III LEC); tan restrictiva relación de causas —una

---

<sup>42</sup> Sobre la necesidad de este segundo documento en los casos de arrendamientos, financieros o no, hay discrepancia. Véase al respecto, VILLAMARÍN LÓPEZ (2019: 210 y 211).

<sup>43</sup> Sostiene DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001:761) que, en el caso en que el tribunal inadmita la oposición por no estar comprendida en el art. 44.3 LEC la causa alegada por el demandado, procederá que el tribunal dicte sin más trámites sentencia estimatoria, pero esta no podrá considerarse irrecusable, es decir, que la irrecusabilidad solo es aplicable cuando el demandado no conteste o, si lo hace, no acuda a la vista.

de carácter procesal (la falta de jurisdicción o de competencia) y tres de fondo (el pago acreditado documentalmente, la inexistencia o falta de validez del consentimiento y la falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato)— ha sido objeto de crítica por no haber motivo para no dar cabida a la alegación de excepciones procesales, por reducir las causas de fondo a un elenco más limitado que las oponibles en la ejecución de un título extrajudicial y porque, en el caso de las relativas a los vicios del consentimiento y de falsedad documental, cabe que provoquen una cuestión prejudicial penal y la suspensión de las actuaciones civiles con el consiguiente retraso del desarrollo y conclusión del juicio verbal<sup>44</sup>;

c) la ley establece un régimen especial de medidas cautelares —el embargo preventivo, en el caso del ordinal 1º, y el depósito, en el caso del ordinal 11º— que consiste en su preceptiva e inmediata adopción (en el momento de admitir la demanda) sin caución; el silencio se impone al demandado, puesto que, según dispone el art.441.4.I LEC, no se admitirá su oposición, como tampoco se admitirán solicitudes de modificación o de sustitución de las medidas por caución.

Como bien puede advertirse, tan riguroso tratamiento del silencio en los dos casos examinados encuentra su fundamento, al igual que en otros supuestos ya vistos, en el reforzamiento de la tutela, un reforzamiento que se proyecta tanto en la tutela cautelar como en la tutela declarativa y que se orienta, asimismo, a la tutela ejecutiva y que se acentúa al añadir a la adopción de las medidas cautelares y de la sentencia estimatoria —y su carácter irrecusable— la imposición de una multa si el demandado funda su contestación en alguna causa que no cabe en el art. 444.3 o no asiste a la vista, lo que obedece a la finalidad de disuadir que se formule una oposición con la única intención de dilatar el proceso.

#### *B) Los procesos de estructura o técnica monitoria*

##### 1º) El proceso monitorio

El proceso monitorio es un proceso especial para la reclamación de deudas dinerarias vencidas, de cuantía determinada y exigibles. La reclamación se articula por el acreedor, sin necesidad de abogado ni procurador, a través de una solicitud a la que ha de acompañar el documento en que se apoya (un principio de prueba o un título admonitivo). Si cumple los presupuestos y requisitos que la ley establece —cuyo examen se confía al letrado de la Administración de Justicia—,

---

<sup>44</sup> Al respecto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2001: 770) y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (2008: 370).

se requiere al deudor para que pague o se oponga (alegando las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad que se le reclama). Al requerirle se le apercibirá de que si no paga ni se opone, se despachará ejecución contra él: en realidad, lo que procederá es dar por terminado el monitorio (mediante un decreto) y dar traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución. Esta descripción pone de relieve cuál es la finalidad del proceso monitorio: la rápida obtención de un título ejecutivo. Y obedece a una razón que proporciona la experiencia: las deudas que recogen esos documentos son existentes y debidas, y, si no son atendidas, no es porque haya discusión sobre la pretensión, sino resistencia a cumplirla. Si no hay discusión, seguir las actuaciones del proceso declarativo se presenta no solo como un obstáculo (generador de costes y retrasos, para el acreedor y para el sistema), sino como algo inútil, puesto que la certidumbre del derecho que en él se persigue no es cuestionada. Aquí radica el fundamento de la consecuencia que en el proceso monitorio se anuda al silencio del deudor: con su conducta proporciona un argumento para tener como veraz la pretensión del acreedor y concederle la tutela solicitada.

Pero la conclusión del proceso monitorio en estos casos aporta algo más que la creación del título ejecutivo. Otorga una tutela declarativa, declara la certeza del derecho del acreedor frente al deudor, una certeza que aquel afirmaba y que este no ha negado. Y aún más: la declara con carácter irrevocable. Estas notas caracterizadoras se despliegan tanto sobre el proceso de ejecución que inste el acreedor como sobre un eventual y ulterior proceso declarativo que pudiera promover cualquiera de las dos partes.

a) En la ejecución del decreto que ha puesto fin al monitorio —y con las salvedades que más adelante se verán en materia de consumidores—, la oposición del deudor ejecutado solo podrá fundarse en los motivos que el art. 556 LEC establece para aquellos casos en que el título es una sentencia de condena (es decir, el pago, la transacción o el pacto de no pedir realizados después del nacimiento del título ejecutivo, o la caducidad de la acción ejecutiva cuyo plazo es de cinco años). El silencio mantenido en el monitorio limita su margen de actuación en el proceso de ejecución. Además, con la creación del título que se anuda al silencio del deudor requerido, se da comienzo al devengo de intereses de mora procesal, conforme a lo establecido en el art. 576 LEC, puesto que el decreto que constituye el título, aunque no es propiamente una resolución de condena —que es lo que literalmente dispone el art. 576—, tiene un resultado práctico equivalente<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Así lo entiende y razona LÓPEZ SÁNCHEZ (2019: 410-412). La suya no es la posición mayoritaria

b) Conforme a lo dispuesto en el art. 816.2 LEC, «el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere». Lo que describe este precepto es el efecto negativo de la cosa juzgada, aunque evite utilizar el término, probablemente porque la eficacia que se atribuye a la resolución es estrictamente la excluyente de un proceso ulterior y no la positiva o prejudicial que es también propia de la institución de la cosa juzgada. En todo caso, convengamos o no en su calificación, el tratamiento procesal del efecto señalado por el art. 816.2 LEC será el propio de las excepciones y óbices procesales: alegada la cuestión por el demandado en su contestación y estimada por el juez, dictará un auto de sobreseimiento. Si el crédito en que se funda el segundo proceso es el mismo o no que el que fundó la reclamación del monitorio es algo que deberá acreditar aquel que pretenda, respectivamente, que se excluya o se proceda a su enjuiciamiento.

El fundamento del efecto anudado al silencio del deudor requerido se encuentra en la transformación del derecho de defensa en la carga de la defensa y de ahí que esta técnica, que comporta dejar decidida la situación entre acreedor y deudor, se limite a determinados supuestos<sup>46</sup>: del hecho (*rectius*: del acto) de no levantar la carga —de guardar silencio y desaprovechar la oportunidad de convertir en controvertida la pretensión del acreedor— la ley infiere la inexistencia de razones para oponerse y, consiguientemente, la consecuencia de otorgar la tutela declarativa con carácter definitivo sin necesidad de enjuiciar la acción afir-

---

(como señala en la nota 648 de su monografía), pero convengo con él al afirmar que el devengo de los intereses referidos es uno de los efectos que tiene la incomparecencia del deudor en el monitorio. Aunque es cierto que el art. 816.2 LEC liga el devengo al momento en que dicte el auto despachando ejecución, es preciso recordar que esta disposición obedecía a la regulación originaria del monitorio, es decir, cuando la falta de oposición del deudor no daba pie a que se dictara resolución alguna constitutiva del título ejecutivo, sino que determinaba que el juez, de forma inmediata, despachara ejecución por medio del correspondiente auto, es decir, sin solución de continuidad. Ahora (desde la reforma de 2009) que existe esa resolución —el decreto del letrado de la Administración de Justicia—, lo procedente es acudir al art. 576. «Carece de sentido que el devengo del interés de mora procesal se retrase a la fecha en que se dicte auto despachando ejecución, sobre todo, porque con tal medida decae la razón que justifica el devengo de este interés, que no es otro que disuadir al deudor de la interposición de recursos frente a la resolución del letrado de la Administración de Justicia que pone término al proceso monitorio. No solo se disuade de la interposición de recursos, sino que se incentiva el más pronto cumplimiento en cuanto que el inicio de la ejecución no se produce de forma inmediata, sino cuando lo insta el acreedor».

<sup>46</sup> Al respecto, LÓPEZ SÁNCHEZ (2021: 40).

mada por el actor<sup>47</sup>. Advertirá el lector que he corregido hecho por acto; el rigor de la consecuencia descrita que la ley anuda al silencio del deudor requiere que la conducta observada por este sea consciente y querida, es decir, sea una auténtica manifestación de voluntad y no la mera constatación de un acaecimiento: el fundamento de otorgar la tutela pretendida por el acreedor no radica tanto en las razones que este haya podido verter o acompañar a su solicitud como en el silencio del deudor. Por ello, al igual que lo apuntado en otros supuestos y en este caso con mayor razón, para desplegar el efecto que la ley eslabona al silencio del deudor, será preciso que en la comunicación del requerimiento que se le dirige se expresen —se le aperciba— de las consecuencias que se seguirán en el caso de que no formule oposición en el plazo establecido para ello. Esta observación conduce, a mi parecer, a estimar insuficiente la previsión que recoge el segundo párrafo del art. 815.1 LEC. Dispone este que al notificar al deudor el requerimiento, se le apercibirá de que «de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución según lo prevenido en el artículo siguiente». La claridad del acto de comunicación exige, a mi juicio, no una remisión al art. 816, sino la expresión de lo que en él se dispone, es decir, que se da por concluido el monitorio y que el acreedor puede instar la ejecución a partir de ese momento (esto es, desde que se le dé traslado de la resolución con la que se pone fin al monitorio). Pero, además —y aquí radica la insuficiencia a la que antes aludía y cuya referencia el art. 815 omite—, la notificación debería expresar la consecuencia de no poder discutir en un proceso ulterior la cantidad reclamada y declarada como debida. Me parece más que aconsejable que el legislador, en una de tantas iniciativas por las que se modifican los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluyera esta precisión.

Lo dicho vale para todos los procesos monitorios: lo son, sin duda, el monitorio general, el monitorio para las reclamaciones por impagos de los gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos y el proceso monitorio

---

<sup>47</sup> En este sentido, señala LÓPEZ SÁNCHEZ (2021: 32) que «el enjuiciamiento es instrumental respecto de la tutela declarativa que el proceso de declaración presta. Despejada la incertidumbre mediante el enjuiciamiento, el pronunciamiento declarativo es la consecuencia necesaria. Un proceso sin enjuiciamiento de la cuestión de fondo —como sucede en el monitorio— puede no obstante proporcionar una tutela declarativa, en la medida en que comporte un acto de imperio que afirme la existencia de un derecho y la subsistencia y necesidad de que se lleve a cabo su cumplimiento y el proceso monitorio comporta tal acto de imperio. La existencia de aquella decisión es lo que permite afirmar que se otorga una tutela declarativa, por cuanto que se despeja la incertidumbre en torno a la situación jurídica existente entre acreedor y deudor, por más que el deudor no haya discutido la procedencia de la reclamación del actor».

europeo. Hay otros procesos que se sirven de la técnica monitoria, pero presentan diferencias sustanciales que invitan a cuestionar si pueden ser incluidos en la categoría de los procesos monitorios. Es el caso de los procesos llamado de cuenta jurada y del juicio de desahucio por falta de pago.

### *La jura de cuentas*

Los primeros —regulados en los arts. 34 y 35 LEC para las reclamaciones de los derechos de los procuradores y de los honorarios de los abogados frente a sus representados o defendidos— se sirven de un elemento propio de la estructura del proceso monitorio, como es el requerimiento, para colocar al deudor en la tesitura de pagar u oponerse, con el apercibimiento de apremio si no hace lo uno ni lo otro. Pero si atendemos a cómo dispone la ley el procedimiento a seguir, advertiremos elementos diferenciadores. En particular, los reclamantes han de acompañar la cuenta o minuta detalladas, es decir, que incluya cada una de las partidas —las que correspondan a las actuaciones realizadas— de las que resulta la suma reclamada (en el caso del procurador, además, deberá ser justificada, lo que exige, cuando se trate gastos suplidos, acompañar la acreditación del pago); la documentación aportada es clave para que el procedimiento concluya con éxito para el reclamante, puesto que si el deudor formula oposición, el procedimiento no termina, sino que sigue con el examen de la cuenta o minuta presentadas, la documentación aportada, la oposición y las alegaciones que frente a esta última se hagan valer. Pero hay más: la resolución que se dicte —haya habido o no oposición— no cierra las puertas a un ulterior proceso; por virtud de la STC 34/2019, de 14 de marzo, se han expulsado de la ley los párrafos de los arts. 34.2 y 35.2 LEC que decían que el decreto que resuelve estos procedimientos «no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en un juicio ordinario ulterior»; la censura obedeció a la irrecurribilidad del decreto prescrita por la ley en ambos preceptos, pero la posibilidad de reiterar la reclamación o su improcedencia en un proceso posterior debía seguir afirmándose, dada la naturaleza sumaria del procedimiento que la propia sentencia del Tribunal Constitucional seguía afirmando<sup>48</sup>. La nueva redacción dada a los

---

<sup>48</sup> En su fundamento jurídico sexto se expresa en estos términos: «como recuerda la STC 184/2002, de 14 de octubre, FJ 3, es el carácter de los créditos devengados durante la sustanciación de un litigio lo que permite abreviar el procedimiento para su reintegro dentro del mismo proceso en el que se han producido. Se configura un procedimiento sumario en el que el letrado de la administración de justicia, órgano no investido de función jurisdiccional (en el mismo sentido, STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto Margarit Panicello), valora la adecuación de la minuta

dos artículos por el Decreto-ley 6/2023 lo confirma al dejar expedito el acceso a un proceso plenario y negar el efecto de cosa juzgada no solo al decreto del letrado de la Administración de Justicia —que, por su carácter no jurisdiccional, difícilmente podría tenerlo—, sino también al auto resolutorio de la reposición que eventualmente se interponga frente a tal decreto —y cuyo objeto no puede ensanchar los límites de la pretensión y el examen que ha conducido a la resolución ahora recurrida— : «Este decreto y el auto que resuelva el recurso de revisión no prejuzgarán, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio declarativo posterior».

El legislador ha considerado que la protección de los derechos económicos del procurador y del abogado originados por la labor desempeñada por estos profesionales en un proceso concreto es merecedora de un cauce especial<sup>49</sup>; y así lo confirmó la STC 110/1993, de 25 de marzo, al señalar que

«en los procedimientos de jura de cuentas no se trata de proteger intereses subjetivos o personales en provecho de los profesionales legitimados para promoverlos, sino de que las obligaciones como cooperadores con la Administración de Justicia han cumplido dentro del proceso, tengan dentro del mismo el cauce adecuado para reintegrarse de los gastos y contraprestaciones correspondientes a dicha cooperación».

Este punto de partida explica el tratamiento diferenciado —a través de un procedimiento sumario (caracterizado, entre otras cosas, por su celeridad)— que la ley dispensa para tutelar los mencionados derechos. Parejamente y por ello, es también la razón que fundamenta la consecuencia anudada al silencio del deudor que, no obstante, podrá acudir, como también podrá hacerlo el acreedor, al proceso plenario que corresponda y volver sobre la cuestión.

### 3º) El desahucio por falta de pago o expiración del plazo

El desahucio por falta de pago o expiración del plazo presenta una pluralidad de perfiles en lo que al silencio respecta, atendiendo a su naturaleza y al modo

---

a la actuación profesional del letrado, resuelve sobre los derechos del abogado frente a la parte que le ha encargado su defensa, determina la cuantía de lo adeudado e impone su cumplimiento al obligado». Y más adelante señala: «Que sea posible plantear tal cuestión en el proceso declarativo posterior que pueda promoverse, es consecuencia de su naturaleza sumaria pero eso no es suficiente para entender que, específicamente, frente al decreto en cuestión y las decisiones que en él se adoptan existe, a disposición de aquel al que se le plantea la reclamación, una vía de control judicial pleno en una cuestión que ataña directamente a sus derechos e intereses legítimos».

<sup>49</sup> Con amplitud, HERRERO PEREZAGUA (2011: *passim*)

en que la ley ha configurado su estructura y sustanciación. Se trata de un juicio verbal por razón de la materia, con un buen número de especialidades, de naturaleza sumaria<sup>50</sup>; las causas que puede hacer valer el demandado para oponerse a la pretensión resolución del contrato y recuperación de la posesión de la finca por el actor son tasadas. Conforme a lo que dispone el art. 444.1 LEC: «sólo [sic] se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación».

Esta limitación<sup>51</sup> comporta una cognición igualmente limitada, lo que explica que el art. 447.2 LEC establezca que la sentencia que se dicte no producirá efectos de cosa juzgada. Explica asimismo que el actor en la demanda ha de indicar las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio. Si el demandante guarda silencio a este respecto —si omite tal indicación—, la demanda se inadmitirá (art. 439.3 LEC). La carga y la consecuencia de su inobservancia son proporcionadas al cauce que se brinda para la obtención de la tutela.

Tiene, en cambio, un carácter facultativo el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que el arrendador indique, que no podrá ser inferior a quince días desde la notificación de la demanda (art. 437.3 LEC). Si el actor quiere comprometerse a ello, el momento para anunciarlo es la demanda, ya tenga esta como exclusivo objeto recuperar la posesión de la finca, ya se acumule a ella la reclamación de rentas. El silencio del actor a este respecto comporta que, si se han acumulado las dos acciones, la sentencia tendrá que pronunciarse sobre ambas y si la única acción ejercitada ha sido la de desahucio, nada obsta a que en un ulterior proceso pueda reclamar con éxito las rentas debidas.

---

<sup>50</sup> Como ya señaló BERNARDO SAN JOSÉ (2010:39), en el caso del proceso de desahucio por extinción del plazo «lo único que hace que este proceso sea sumario, y no plenario, es la voluntad del legislador manifestada en el nuevo artículo 447.2 de la LEC. A pesar de que las partes no tienen más restricciones a la hora de alegar y probar que las derivadas de la limitación del objeto procesal, el legislador quiere ahora que la sentencia que se dicte en el proceso de desahucio por expiración del plazo no impida iniciar un ulterior proceso declarativo en el que las partes puedan debatir de nuevo sobre la cuestión deducida en el proceso anterior».

<sup>51</sup> El enunciado del precepto legal, sin embargo, no debe conducir a inadmitir otras alegaciones del demandado como la falta de legitimación (activa o pasiva), que el pago no tuvo lugar por causas imputables al actor o que las cantidades que este afirma como debidas no son repercutibles en el demandado, de modo que no existe la obligación del arrendatario de abonarlas.

El actor también podrá interesar en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que fije el juzgado. Hacer expresa esta solicitud —integrarla en el objeto del proceso— es determinante de que la resolución estimatoria que se dicte contenga tal pronunciamiento (art. 438.6.II LEC) y suficiente para su ejecución directa sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora señalados en la sentencia o en el requerimiento (art. 549.3 LEC). *A sensu contrario*, la omisión de esta petición en la demanda de desahucio comportará la necesidad de presentar demanda ejecutiva.

Doy por reproducidas las consideraciones sobre las cargas y obligaciones y los silencios —de las partes y de los servicios sociales— en los casos de vulnerabilidad y su incidencia en el proceso.

Al objeto de este trabajo, se impone centrar la mirada en aquello que dice, puede decir o calla el demandado. Las distintas posibilidades se abren para él a partir del requerimiento que se le dirige una vez admitida la demanda. Acabamos de apuntar la posibilidad de que el actor anuncie en la demanda su compromiso de condonar todo o parte de lo debido por el demandado a condición de que deje libre la finca en el plazo señalado: si lo acepta, se entiende producido el allanamiento (art. 438.5.II LEC); si no lo hace, hay que atender a la conducta que adopta frente al requerimiento que le sitúa en la alternativa de satisfacer la pretensión (desalojar la finca y, en su caso, pagar lo debido y reclamado), enervar la acción o dar razones por las que no debe la cantidad que se le reclama o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. Las semejanzas de este régimen con las disposiciones propias de la técnica monitoria son claras, y así lo confirman las consecuencias que se anudan al caso en que el deudor no atienda el requerimiento (como enseguida veremos). Pero, previamente, conviene detenerse en un aspecto que condiciona en buena parte el análisis de lo que puede ser el modo de proceder del demandado.

La ley permite acumular a la acción de desahucio —ya lo sea por impago de las cantidades adeudadas ya por expiración del plazo— la de reclamación de rentas<sup>52</sup>, aunque el importe de estas supere los límites cuantitativos del juicio verbal; se trata de una excepción a la regla general que prohíbe la acumulación de acciones en los juicios verbales con el ánimo de no entorpecer la tramitación de este tipo de procesos que el legislador se propone que sean ágiles y para los que,

---

<sup>52</sup> Y aún permite el art. 437.4.3<sup>a</sup> LEC acumular una tercera acción: la de reclamación de rentas ejercitada contra el fiador o avalista solidario siempre que el actor acrechte haber efectuado frente a él un requerimiento previo de pago que no haya sido satisfecho.

por ello, reserva controversias caracterizadas por su falta de complejidad. En el caso de las acciones de desahucio por falta de pago y de reclamación de rentas su acumulación no dificulta el tratamiento procesal puesto que una y otra tienen un mismo fundamento fáctico (el impago de las rentas vencidas). Pero no debe olvidarse que, de ventilarse por separado, el proceso en que se ejercitase la acción de desahucio sería un proceso sumario y el correspondiente a la reclamación de las rentas sería uno plenario. Sostiene Gascón que, no obstante la acumulación, para una el juicio funciona como sumario y para otra como plenario<sup>53</sup>. Sin embargo, la STS 1006/2023, de 21 de junio, apunta en otro sentido. En el asunto que decide, la actora había solicitado en su demanda el desahucio por falta de pago (un inmueble de ocho plantas que la demandada iba a destinar a hospedaje) y la condena al pago de las cantidades adeudadas y los intereses de mora, más las que se devengasen durante la tramitación del proceso hasta la entrega efectiva de la posesión de la finca, así como los intereses hasta que se produjera el efectivo pago de todo lo adeudado. La demandada se opuso a la demanda y alegó no adeudar cantidad alguna, dados los graves incumplimientos por la actora (la falta de entrega de la documentación necesaria que retrasó la obtención de licencias y autorizaciones para la realización de las obras y la explotación de la actividad empresarial prevista en el contrato e impidió que se pudiera terminar la reforma dentro del período de carencia que en él se preveía, así como la existencia de vicios ocultos que obligó a realizar obras cuyo coste, entendía la demandada, que debía ser de cuenta de la propiedad por lo que lo oponía como excepción al pago requerido). La sentencia de primera instancia estimó la demanda: declaró resuelto el contrato de arrendamiento, acordó el desahucio y condenó a la entidad demandada a que abonase a la actora 249 811,40 euros, más los intereses previs-

---

<sup>53</sup> BERNARDO SAN JOSÉ (2010: 88) sostenía también que el ejercicio cumulativo de las dos acciones no altera su naturaleza y así, por ejemplo, si el demandado alegase en su defensa la existencia de un crédito compensable frente al actor, el tribunal solo podría tener en cuenta esta alegación en relación con la acción de reclamación de cantidad, pero no respecto de la acción de desahucio, lo que habría de conducir, si la alegación fuera estimada, a absolver al demandado en cuanto al pago de las cantidades reclamadas y a decretar el desahucio. GASCÓN INCHAUSTI (2019: 68) argumenta así: «De ahí la utilidad del artículo 437.3<sup>a</sup> —salvar el obstáculo de la incompatibilidad procedimental y eludir que el demandado pudiera aducir con éxito la llamada “excepción de cuestión compleja”, acuñada en la práctica para excluir del ámbito de los procesos sumarios aquellos aspectos de la relación jurídica controvertida que excedan de las previsiones legales—; y es que si, a los ojos del legislador, esta diversidad de motivos para acudir al juicio verbal hubiese sido irrelevante, lo cierto es que el precepto habría resultado inútil —al menos si la causa del desahucio es el impago de rentas y lo reclamado no excede de 6000 euros [hoy, 15 000]—, pues quedaría abarcado por la previsión del apartado 1º, ya que se fundan en los mismos hechos (el impago de las rentas o cantidades análogas vencidas)».

tos en el art. 576 LEC hasta su completo pago, así como al pago de las rentas que se devengasen hasta la entrega efectiva de la posesión de la finca. Basó su decisión en que los motivos de oposición invocados por la demandada exceden del estrecho marco del juicio verbal de desahucio. La sentencia de segunda instancia confirmó la resolución apelada y respecto de las razones reiteradas por la demandada en su recurso señaló que son cuestiones complejas que exceden del estrecho margen del juicio de desahucio. La Sala Primera estima el recurso por infracción procesal interpuesto por la demandada. Parte el tribunal de lo que decía el último inciso del primer párrafo del art. 440.3 LEC (y que hoy se reproduce en el último inciso del primer párrafo del art. 438.5 LEC) que permite al demandado alegar, en lo que ahora interesa, «las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada». Caso la sentencia recurrida por haber infringido ese precepto al no pronunciarse sobre las razones por las que la demandada recurrente entendía que no debía las cantidades reclamadas. Y formula estas dos conclusiones estrechamente conectadas entre sí:

- a) «[I]a acumulación de la acción de reclamación de cantidad a la acción de desahucio permite alegar y conocer acerca de si se debe o no la cantidad reclamada conforme al contrato, sin que se puedan establecer limitaciones a la cognición de las excepciones al pago invocadas»;
- b) «el procedimiento pasa a tener la naturaleza plenaria propia de un pleito en el que se reclama el pago de una cantidad, con efectos de cosa juzgada, dada la imposibilidad de escindir los efectos que el conocimiento de la reclamación de rentas puede provocar en el desahucio por impago. En la medida en que la estimación de una excepción al pago puede determinar que la cantidad reclamada no se deba, ello puede dar lugar al fracaso de la acción de desahucio, pues sin impago no hay causa de desahucio».

Adviértanse, por tanto, las dos enseñanzas que debemos extraer: de una parte, lo que el demandado puede decir y lo que el juez, en tal caso, debe examinar; y de otra, afirmado el carácter plenario del proceso respecto de ambas acciones, pesa sobre el demandado la carga de alegar cuantas razones pueda oponer, puesto que, si no lo hace, precluirá la oportunidad de hacer valer las que hubiera omitido y si quisiera fundar en ellas una pretensión en un pleito posterior (pidiendo la recuperación de la posesión de la finca), verá cerrada tal posibilidad en virtud de la cosa juzgada, una puerta que, sin embargo, queda abierta (para ambos litigantes) si solo se hubiera ejercitado la acción de desahucio. El silencio, por tanto, adquiere un significado distinto cuando las dos acciones se ejercitan conjuntamente.

Según hemos visto, y al igual que se dispone en los procesos de estructura monitoria, el demandado es requerido para que desaloje el inmueble y pague (o enerve la acción) o dé razones. Si no atiende el requerimiento, se entiende que presta su consentimiento a la resolución del contrato de arrendamiento (438.5.III) —o, habría que añadir, a la finalización del contrato si el fundamento del desahucio que se pide es la expiración del plazo—, se dictará decreto tanto por terminado el juicio de desahucio y, si así lo hubiera solicitado el actor, se procederá al lanzamiento el día y la hora señalados (438.5.V). La diligencia de lanzamiento quedará sin efecto si se hubiera producido el desalojo voluntario (salvo que interese al actor que se levante acta sobre el estado en que se encuentre la finca); en este último caso —desalojo sin pago—, habrá el acreedor demandante, si así lo quiere, instar el despacho de la ejecución por las cantidades debidas y reclamadas (438.5.VI). También se declarará el desahucio si el demandado no comparece a la vista (438.6.I), de lo que, como en todos los demás extremos antes señalados, se le apercibirá en el requerimiento.

A diferencia de lo que es característica propia del proceso monitorio, la oposición del deudor no le pone fin, sino que determina la continuación del procedimiento con la citación para la vista que presenta algunas especialidades ligadas a su incomparecencia, entre las que destaca, como acabo de señalar, que se prescindirá de llevar a cabo las actuaciones propias de este trámite, procediéndose, sin más, a dictar la resolución que declarará el desahucio.

Las consecuencias que se anudan al silencio del demandado, por tanto, son expresión del reforzamiento de la tutela del arrendador; si, por un lado, esta apreciación nos lleva a reiterar las consideraciones ya expuestas en otros casos de tutela sumarias, me parece que podremos convenir que tal reforzamiento se intensifica cuando el proceso pasa a tener naturaleza plenaria, un reforzamiento que va más allá del propio del proceso monitorio, pues alcanza también a las actuaciones que siguen cuando el deudor ha formulado oposición. Conserve o no su naturaleza sumaria la acción de desahucio, la tutela se refuerza en un grado más de cara a la ejecución, puesto que no será necesario formular demanda ejecutiva, si en la que dio inicio al verbal ya se pidió el lanzamiento, ni someterse al plazo de espera establecido en el art. 548 LEC, todo lo cual permite una más ágil y pronta realización del derecho declarado; y obsérvese que el derecho sobre el que se proyectan estas previsiones legales es el que concierne a la recuperación de la posesión de la finca, no así al del pago de la rentas al que hubiera sido condenado el demandado.

## **2. Haberlo dicho antes (a su tiempo) y quien calla ni afirma ni niega**

### **2.1. La preclusión conforme a la ley**

Manifestación del principio dispositivo es que la propia existencia del proceso depende de la voluntad —la iniciativa— de quien pretende la tutela jurisdiccional de su derecho. Y lo es también que el objeto del proceso viene determinado por lo que decida pedir y la razón que invoque como fundamento de su pretensión: qué pide y por qué lo pide. El silencio opera de distinto modo respecto de lo uno y lo otro, puesto que si se ha de estar estrictamente a lo que el actor pide y no a lo que pudo pedir, en cambio, las razones que calla, pudiendo haberlas aducido, quedan sometidas a un régimen de eficacia diverso y riguroso. La acción que pudo ejercitarse y no se ejercitó no se consume por ese solo hecho: podrá su titular ejercitarla posteriormente y dar con ello lugar a otro proceso en el que habrá de ser enjuiciada; no haberla ejercitado en el anterior no priva de la oportunidad de su ejercicio en el posterior, aunque su suerte puede estar condicionada por el tiempo que se haya dejado transcurrir. Por el contrario, la razón que no se adujó como fundamento de lo pretendido, no podrá invocarse en un ulterior proceso en que se pretenda lo mismo frente a un mismo sujeto, puesto que la ley establece la clausura de ese segundo proceso: aunque la acción tiene una causa de pedir distinta, esta pudo hacerse valer en el proceso anterior y la consecuencia de esa falta de ejercicio se hace recaer sobre quien lo omitió en el sentido de tenerla por aducida, aunque no se adujera. Este efecto que se proyecta hacia otros procesos no es el único; también lo hay hacia el propio proceso en que se produce el silencio.

La línea divisoria a la que acabo de hacer referencia no siempre se ha percibido con nitidez. La STJUE de 3-10-2013 (C-32/12, *Duarte*) es muestra de ello. La demandante había adquirido un coche de techo corredizo; cuando llovía, se filtraba el agua y las reparaciones que la vendedora efectuó no fueron eficaces ni tampoco atendió la petición de sustituir el vehículo. La compradora decidió acudir a los tribunales y, en su demanda, pidió la resolución del contrato que el juzgado no estimó procedente por ser de escasa importancia el defecto que dio origen al litigio. La compradora tenía derecho a pedir una reducción del precio; pero no la pidió y, consiguientemente, el juez no la podía conceder. Entendiendo que no solo no la podía conceder, sino que, en el caso de que la actora la pidiera en otro proceso, tampoco podría hacerlo por quedar cubierta por la cosa juzgada, el juez elevó una cuestión prejudicial preguntando si podía reconocer de oficio al consumidor una reducción adecuada del precio. El TJUE concluyó que

la ley española se oponía a la norma europea<sup>54</sup> porque «cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda».

Anudar al silencio del consumidor demandante la pérdida de un derecho (en este caso, la posibilidad de reclamar y obtener la reducción del precio) no se estima acorde con el principio de efectividad; el silencio, en consecuencia, puede ser suplido por el juez. Ocurre, sin embargo, que la conclusión alcanzada parte de una premisa errónea provocada por lo que el juez que planteó la cuestión prejudicial no dijo; y recuérdese que es el juez nacional quien define bajo su propia responsabilidad el marco normativo cuya exactitud no le corresponde comprobar al Tribunal de Justicia. También lo dejó de decir el abogado del Estado al formular sus observaciones. Lo que el art. 400 LEC establece no es lo que se trasladó al TJUE: no es cierto que la pretensión de reducir el precio que no formuló la actora no podía ser juzgada en un ulterior procedimiento porque no es cierto que la cosa juzgada se extienda a todas las acciones que hubieran podido ser ejercitadas en un primer procedimiento<sup>55</sup>. No es correcto sostener, como se expuso al remitir la cuestión prejudicial, que nuestra ley procesal exija al consumidor —ni a cualquier otro litigante— deducir siempre todas las pretensiones concebibles, siquiera sea con carácter subsidiario. No es eso lo que dice el art. 400. Lo que este dispone es que cuando el actor pueda fundar lo que pide (*su petitum*) frente al demandado en más de una causa de pedir, pesa sobre él la carga de hacerlo. Las que no haga valer (las que no alegue, las que no diga), precluyen.

---

<sup>54</sup> La norma que sirvió de contraste fue la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Su art. 3.2 enumera los derechos que el consumidor puede hacer valer frente al vendedor en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado. En primer lugar, de acuerdo con el apartado 3 del mismo artículo, el consumidor podrá exigir la puesta en conformidad del bien. De no poder obtener dicha puesta en conformidad, tendrá derecho, en segundo lugar, de acuerdo con el apartado 5 del artículo, a una reducción del precio o a la resolución del contrato. No obstante, según se desprende del apartado 6 del artículo, cuando la falta de conformidad del bien entregado sea de escasa importancia, el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato y únicamente podrá solicitar una reducción adecuada del precio de compra del bien controvertido.

<sup>55</sup> Véanse los apartados 22 y 36 de la sentencia.

La preclusión es la expresión técnica y precisa de lo que en un lenguaje llano podríamos expresar diciendo «cada cosa en su momento» (o cada cosa a su debido tiempo). El proceso, en su aspecto externo, evoca ante todo la idea de orden: una sucesión ordenada de actuaciones. El orden proporciona no solo certidumbre, sino, sobre todo, ocasión para la realización de un determinado acto. Y el reverso de toda ocasión, en un trazado reglado como es el proceso, es su pérdida si no se aprovecha. Ese es el término con el que el art. 136 LEC expresa lo que acarrea la preclusión: «se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate». Este precepto mira *ad intra* en el proceso. La preclusión, como se infiere de su etimología, cierra o clausura la posibilidad ofrecida que se deja pasar, aquella en la que se pudo decir algo y, en su lugar se guardó silencio o en la que lo que se dijo, se hizo de forma indebida y, por tanto, no merecedora de ser escuchada ni atendida, o sea, como si no se hubiera dicho, puesto que, quien quiera hacerlo, habrá de actuar conforme a lo dispuesto en las normas procesales, como establece el art. 1 LEC cuando enuncia el principio de legalidad procesal<sup>56</sup>. La consecuencia que se anuda al obrar contrario a lo así establecido es la inadmisión.

El art. 400 LEC, especialmente en su apartado segundo, mira *ad extra*; como dice la Exposición de Motivos, son dos los criterios que inspiran este precepto:

«por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo».

La carga que se arroja sobre el demandante en el primer proceso proyecta sus efectos sobre el eventual proceso que le siga a aquel. El actor no podrá pretender lo mismo frente al mismo demandado en un proceso ulterior fundando su pretensión en una causa que no adujo cuando pudo aducirla en el anterior. Pero podrá pretender otra cosa, aunque la causa sea la misma en que se basó la pretensión del primer proceso. El art. 400 se expresa en estos términos: «Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ellas cuantos resulten conocidos [hecho o fundamentos] o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación [la de los hechos o fundamentos] para un proceso ulterior».

---

<sup>56</sup> Lo que la parte diga teniendo la posibilidad de decir solo será relevante si lo hace con arreglo a lo que prevea la ley; de otro modo, será como si no lo hubiera dicho, como si en la ocasión de que dispone para hacerlo, hubiera guardado silencio. Así ocurre, por ejemplo, cuando la parte pretende actuar sin integrar su capacidad de postulación o a través de quien no es su representante.

Lo que el juez remitente de la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia Duarte le hizo decir fue esto otro: «Cuando los hechos o fundamentos jurídicos en que se funde lo que se pide en la demanda pudieran fundar otra u otras pretensiones distintas, habrá el actor de formular todas ellas, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior».

La jurisprudencia venía entendiéndolo de un modo adecuado. Reiteradamente el Tribunal Supremo había delimitado el alcance y los requisitos de aplicación del art. 400 LEC, como se aprecia, entre otras, en las SSTS 189/2011, de 30 de marzo, 812/2012, 786/2013, de 5 de diciembre. Con cita expresa de esta última, la STS 671/2014, de 19 de noviembre, señala: «tal precepto ha de interpretarse en el sentido de que no pueden ejercitarse acciones posteriores basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser alegados en la primera demanda. Pero lo que no supone tal precepto es que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado».

Y, así, concluye: «La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas».

La STS 189/2011, de 30 de marzo, señaló los requisitos a los que se condiciona la aplicación de las consecuencias jurídicas establecidas en el art. 400 LEC:

- a) debe haber dos demandas;
- b) las causas de pedir alegadas en ellas deben ser diferentes, lo que puede obedecer tanto a que lo sean sus elementos fácticos («diferentes hechos»), como normativos («distintos fundamentos o títulos jurídicos»);
- c) la causa de pedir de la segunda demanda pudo alegarse en la primera (porque los hechos o los títulos jurídicos eran conocidos y podían invocarse);
- d) se pide lo mismo en las dos demandas.

## **2.2. La preclusión más allá de la ley**

Paulatinamente, las categóricas aseveraciones antes reproducidas y los requisitos que se acaban de enumerar fueron matizándose, de modo que vino a entenderse que la preclusión —y, con ella, la cosa juzgada— se extendía también a lo que se pudo pedir en el primer proceso si en él se pudo satisfacer por completo el interés del demandante que quiere hacer valer en un segundo pleito.

Podemos identificar, a este respecto, dos tipos de situaciones en las que entran en juego diferentes elementos a considerar:

a) En la primera podemos agrupar aquellos casos de reclamaciones dinerarias basadas en un mismo título que el actor formula y pretende en procesos distintos. Estas reclamaciones lo pueden ser en concepto de principal (vg. las cantidades correspondientes a diferentes períodos de tiempo) o en concepto de principal e intereses que no se pidieron o de una indemnización de daños y perjuicios inicialmente no solicitada. Actuar de este modo puede obedecer a limitar —en razón del monto reclamado o del cauce procesal seguido— los efectos económicos desfavorables de una resolución adversa, de modo que solo se reclamará la cantidad total o mayor en el caso de obtener un pronunciamiento favorable y precisamente sobre la base de este, puesto que invita a alimentar una expectativa de éxito. El Tribunal Supremo, invocando una doctrina anterior a la LEC de 2000, rechaza este proceder porque mantiene en el tiempo la incertidumbre litigiosa y quiebra las garantías del demandado (como muestra, STS 164/2011 de 21 marzo).

Que esta interpretación se acomoda al tenor literal de la ley es, sin duda y cuando menos, discutible. Cabría entender que, en estos casos, no procede trocear el *quantum* cuando el *an*, aunque integrado por partidas distintas (cuotas, intereses, daños y perjuicios), ha de ser considerado de forma unitaria. Así entendidas las cosas, el actor ha de saber que silenciar algunas de esas partidas o reservar su reclamación para un segundo proceso deja de ser una opción para configurarse como una carga en el sentido de que su inobservancia le impedirá obtener el provecho que un ejercicio tempestivo y completo de su pretensión le depararía o, dicho en sentido negativo, habrá de soportar los perjuicios de su silencio, esto es, la pérdida de su oportunidad.

b) Pero el Tribunal Supremo ha extendido este planteamiento —a mi parecer, indebidamente— a aquellos supuestos en que el primer pronunciamiento es prejudicial respecto del segundo: la primera demanda se dirige a obtener una declaración de responsabilidad y la segunda, a la condena al pago en concepto de restitución, resarcimiento o indemnización. Entiende que, como en aquellos que acabamos de ver, el goteo de pretensiones constituye una multiplicación injustificada de litigios sobre cuestiones que pudieron solventarse en uno solo (STS 331/2022, de 27 de abril). Esta es la regla general que la propia Sala admite que se pueda excepcionar «cuando concurran circunstancias especiales que, por generar una incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, justificaran un interés legítimo en obtener un previo pronunciamiento declarativo de un primer pronunciamiento».

Y así se reitera en resoluciones posteriores que conducen en unos casos a entender justificado que se eluda la prohibición y en otros, a su rechazo (STS 480/2022, de 14 de junio, que aborda la misma cuestión que la 331/2022; y, en sentido contrario, la STS 772/2022, de 10 de noviembre).

En el asunto que decide la STS 331/2022, de 27 de abril, se someten a examen dos pretensiones; la ejercitada en el primer proceso lo fue por veinticuatro cooperativistas contra un banco<sup>57</sup> solicitando que se declarase la responsabilidad legal del art. 1.2<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 por haber aceptado ingresos a cuenta del precio de las viviendas —cuya promoción no llegó a buen fin— sin asegurarse de que se ingresaran en una cuenta especial debidamente garantizada; declarada la obligación del banco de responder frente a los actores del importe de las aportaciones realizadas en la cuenta corriente abierta en el banco demandado, uno de ellos (esta es la segunda pretensión que da lugar al segundo proceso) interpuso demanda contra el banco pidiendo que se le condenara a restituir las cantidades anticipadas a cuenta del precio de su vivienda más sus intereses. El Tribunal Supremo, en este caso, concluye que cabe excepcionar la regla antes enunciada porque los veinticuatro demandantes del primer litigio (entre los que se encontraba el demandante del segundo) tenían un interés legítimo en obtener un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad del banco: la cooperativa promotora de la construcción de las viviendas había sido declarada en concurso, lo que generaba una incertidumbre acerca de los créditos frente a la cooperativa; a esto se unía que no se había llevado a cabo la constitución de las garantías de los anticipos previstos en la Ley 57/1968. La sentencia casa la de segunda instancia que había desestimado la demanda argumentando que el actor del segundo proceso pudo haber deducido su pretensión de reclamación de cantidad en el primero, puesto que las cantidades anticipadas objeto de reclamación en el segundo pleito ya se habían abonado cuando se formuló la acción declarativa. El Tribunal Supremo señala que la sentencia firme del primer litigio produce en el segundo el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada.

Pero, en otras ocasiones, lo que debería acotarse al efectivo positivo o prejudicial de la cosa juzgada se transforma en el efecto negativo o excluyente. En el asunto decidido por la STS 772/2022, de 10 de noviembre, una compañía mercantil demandó a un banco con el que había suscrito cuatro contratos de permuta financiera (*swap*). En la demanda ejercitó una acción declarativa de incumpli-

---

<sup>57</sup> La demanda se dirigió frente a dos bancos, pero en el acto del juicio desistieron de la ejercitada frente a uno de ellos.

miento contractual de la obligación de informar y asesorar sobre los riesgos derivados de la celebración de los mencionados contratos, que había causado daños y perjuicios en el patrimonio de la actora. La demanda se estimó. Posteriormente, la compañía mercantil presentó una segunda demanda en la que solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. La sentencia de segunda instancia redujo la indemnización; pero, respecto de la excepción de cosa juzgada, consideró que, si bien entre ambos procedimientos había existido identidad subjetiva y causal, no había identidad de pretensiones. La Sala Primera la casa. Reitera la regla acuñada por su propia jurisprudencia conforme a la que no es admisible promover dos pleitos cuando el interés del demandante pueda satisfacerse por completo en uno solo; y rechaza que en este caso pueda activarse la excepción fundada en la concurrencia de circunstancias especiales que, por generar una incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, justificaran un interés legítimo en obtener un previo pronunciamiento declarativo en un primer proceso. La Sala niega que exista tal justificación: «en la fecha en que se interpuso la primera demanda existía ya una consolidada jurisprudencia sobre los contratos de swap que dotaba a las partes y a los tribunales de instrumentos interpretativos suficientes para no hacer necesaria la interposición de una primera demanda meramente declarativa para duplicar posteriormente la reclamación con una redundante reclamación indemnizatoria que debía haberse sustanciado perfectamente en la primera demanda».

El Tribunal Supremo une a la lectura conjunta de los arts. 400 y 222 LEC la del art. 219 LEC. Como es sabido, este últimoveda que puedan prosperar las demandas en que se ejerciten acciones meramente declarativas del derecho a percibir una cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase o en las que se ejerçite acciones de condena por tales conceptos con reserva de liquidación en ejecución de sentencia. El actor tiene la carga de cuantificar el importe o fijar las bases precisas para su liquidación. Esta regla encuentra su excepción en el apartado tercero de ese mismo precepto: el actor puede pedir y obtener una tutela como las antes señaladas y dejar para un pleito posterior la liquidación o cuantificación<sup>58</sup>. De ese precepto extrae la Sala la prohibición, apli-

---

<sup>58</sup> El tenor literal del precepto no es un modelo de claridad y así se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, calificándola de confusa (RIBELLES ARELLANO, 2000: 849), contradictoria (TAPIA FERNÁNDEZ, 2000: 124), rebuscada (DE LA OLIVA SANTOS, 2001: 389), y oscura (STS 993/2011, de 16 de enero). El primero de los autores citados señalaba la inconsistencia de calificar como acción meramente declarativa a la petición genérica con reserva de liquidación, cuando esta también es una acción declarativa de condena, aun cuando lo sea al pago de una cantidad ilíquida; una acción que, al limitarse a la mera declaración y dejar para un proceso posterior la liquidación,

cable a supuestos como los que nos ocupan —solicitud de declaración de nulidad o de incumplimiento contractual en un primer proceso y petición de condena a la devolución de lo indebidamente abonado o la indemnización correspondiente en un segundo pleito—, de diferir a un segundo procedimiento la reclamación de unas cantidades tras la interposición de un primer proceso de carácter meramente declarativo. La invocación del art. 219 LEC es desacertada e improcedente<sup>59</sup>; lo es con carácter general y lo es, también, en el caso concreto que decide la citada STS 772/2022 cuando se refiere a que el demandante manifestó que se reservaba la acción de condena para un segundo procedimiento. El art. 219 LEC pone en relación dos acciones: una —que, como regla, se prohíbe—, que se limitaría a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibir una cantidad de dinero no determinada —es decir, sin cuantificar su importe— y diferir su liquidación a la ejecución de la sentencia; y otra —que parte de que aquella se haya admitido con carácter excepcional en lo que a la indeterminación respecta—, que se limita a cuantificar en un posterior proceso declarativo el importe de la responsabilidad declarada en el primero. No es esto lo que acontece en los casos que nos ocupan ni lo que se suscitó en el supuesto que resolvió la sentencia. En el primer proceso no se reclama pago alguno ni la declaración del derecho a percibirllo: se solicita la declaración de nulidad de una cláusula o de un incumplimiento contractual. Esto no es subsumible en el supuesto de hecho que recoge el art. 219 ni es aplicable, por tanto, la consecuencia que se anuda a él. Que el actor manifieste que se reserva el ejercicio de la acción de condena dineraria no equivale en modo alguno a una petición de condena —la pretensión de nulidad de declaración de incumplimiento no es tal— con reserva de liquidación en la ejecución. Lo que expresa con ello el demandante es que no acumula las dos acciones, algo que depende de su exclusiva voluntad; más aún, el ejercicio de la no acumulada se realizará, en su caso, en otro proceso declarativo en el que se pedirá una condena que no se solicitó en el primero y que puede no llegar a producirse (como consecuencia, por ejemplo, de una transacción, de la satisfacción extraprocesal o del hecho de agotarse la tutela en la declaración de nulidad si, como puede suceder, los efectos de la cláusula declarada nula no llegaron a producirse o a actuarse).

---

contradice la prohibición de la propia norma. Incide en esta contradicción la profesora TAPIA: «me parece absurdo forzar una sentencia de condena (en lugar de declarativa), que no va a llevar aparejada ejecución, puesto que no hay nada que ejecutar si queda prohibido la liquidación de los frutos, rentas... en esa fase del proceso».

<sup>59</sup> A este respecto, PICÓ I JUNOY (2023: 525).

Si bien se mira, lo que el art. 219 LEC niega es la acción: no cabe solicitar ni conceder una tutela como la descrita en ese precepto. En los casos que estamos examinando, por el contrario, no hay limitación ni exclusión de la accionabilidad. Solicitada la declaración de responsabilidad por incumplimiento contractual o la declaración de nulidad de una cláusula, si concurren los presupuestos procesales, se examinará (se enjuiciará) y si concurren los presupuestos materiales, se estimará.

La doctrina recogida en la STS 772/2022 incurre, además, a mi parecer, en otras inconsistencias.

a) Considera, por un lado, que la reclamación indemnizatoria que sigue a la demanda en que se pidió que se declarase el incumplimiento contractual de la demandada constituye una duplicidad y califica la reclamación indemnizatoria de redundante. Si por duplicar entendemos, según su común acepción, repetir algo o hacerlo doble, difícilmente concluiremos que solicitar una indemnización es pedir que se repita una declaración de responsabilidad previamente realizada. Y si no hay repetición, no hay redundancia: la segunda reclamación no sobra, que es lo propio de una actuación redundante puesto que no vuelve a decir algo que se hubiera dicho antes (en el primer proceso) o que se tuviera por dicho (solo puede tenerse por tal el fundamento no alegado que pudo alegarse, no lo que no se pidió).

b) La propia sentencia reconoce que «la declaración de responsabilidad contractual es el presupuesto lógico necesario para la pretensión indemnizatoria», lo que es tanto como afirmar su carácter prejudicial y, por tanto, no excluyente (puesto que este exigiría la identidad). Partiendo de esa eficacia positiva sustentada en la conexidad entre los dos objetos procesales, no cabe excluir el segundo proceso: este se dirige a enjuiciar algo distinto de lo juzgado en el primero al que toma como un *prius* jurídico-material que resulta determinante del pronunciamiento que se dicte. No se acomoda a este planteamiento nacido de la propia ley (art. 222.4 LEC) la afirmación de la sentencia de que «tales pretensiones debían ir unidas para no fraccionar el resultado de la reclamación».

La reclamación no es única ni, consiguientemente, se fracciona; el propio inciso que acabo de reproducir se refiere a las pretensiones, en plural, puesto que son dos como antes ya ha expresado: la declaración de responsabilidad contractual y la pretensión indemnizatoria. La reducción de las dos pretensiones a la unidad carece de apoyo legal; la vinculación del tribunal que conoce del proceso posterior a lo resuelto en el anterior cuando este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto es el efecto que dispone la ley y expresado con

estos términos. Transformar esa vinculación en una necesaria acumulación que, de no llevarse a cabo, conduciría a que no prosperase la segunda de las pretensiones formuladas en un segundo proceso contraviene la norma legal.

La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el silencio guardado por el actor torpedea la norma establecida en el art. 400 LEC: —impone una carga al demandante que el citado precepto no prescribe al extender a algunos *petita* las consecuencias que esa norma ciñe a las *causae petendi*; no solo habrá de ponderar si lo que pide puede basarse en distintos fundamentos fácticos o jurídicos, sino también si puede pedir algo más y quiere pedirlo, porque, de no hacerlo, no le podrá ser concedido en virtud de la congruencia ni lo podrá interesar en una nueva demanda porque se entenderá que ya ha quedado juzgado;

—la carga resulta especialmente onerosa al quedar sometida la apreciación judicial de su inobservancia a unos márgenes discretionales de contornos difusos (la concurrencia de circunstancias especiales, que estas generen incertidumbre sobre la responsabilidad del demandado, que exista un interés legítimo justificado en obtener un previo pronunciamiento declarativo en un primer procedimiento): —el efecto prejudicial de la cosa juzgada se transforma en el efecto excluyente de modo que lo que debería ser antecedente lógico de un posterior pronunciamiento se convierte en una suerte de objeto virtual omnicomprensivo de cuantas pretensiones puedan entenderse ligadas a aquel precisamente por esa relación de conexidad condicionante de la razón de estas últimas; —la citada transformación de la función positiva en función negativa provoca otras consecuencias en el tratamiento procesal de diversas instituciones procesales: el juez del proceso en que se ejercite la pretensión resarcitoria habría de dictar un auto de sobreseimiento y no una sentencia absolutoria en el fondo (es más, invocada por el actor la sentencia del primer proceso, se darían los elementos necesarios para que tal resolución se dictara de oficio); ejercitada la pretensión resarcitoria sin haberse resuelto la demanda de declaración de responsabilidad o de nulidad en un proceso anterior, no cabría la acumulación de procesos que el art. 76.1 LEC estima procedente en razón de los efectos prejudiciales que la sentencia de uno puede producir en el otro, sino que habría que poner fin al segundo de ellos por litispendencia<sup>60</sup>; y si el proceso en que se ejerce la acción resarcitoria precediera a aquel otro en que se pretende la declaración de responsabilidad o de nulidad, cabría cuestionarse la

---

<sup>60</sup> Como señala GASCÓN INCHAUSTI (2019: 127): «del mismo modo en que se suele decir que la litispendencia es una institución protectora o tutelar de la cosa juzgada —en su función negativa—, la acumulación de procesos es una institución tutelar de la prejudicialidad —es decir, de la cosa juzgada en su eficacia positiva—».

procedencia de acordar la suspensión en virtud de lo establecido en el art. 43 LEC cuya rúbrica es la de «prejudicialidad civil», una cuestión que, cualquiera que sea la respuesta que se dé a ella, conduce necesariamente a la paradoja<sup>61</sup>.

### **2.3. Aunque no lo haya dicho (pero hasta cierto punto)**

#### *A) El punto de partida*

Este rigor exacerbado —y desmesurado— que la Sala Primera ha proyectado sobre los aspectos silenciados por el actor al formular sus pretensiones contrasta con el régimen que ha ido abriéndose paso en la litigación de consumo. Este régimen se advierte con mayor nitidez si atendemos a la posición del demandado, aunque no deja de operar cuando el consumidor es quien demanda<sup>62</sup>. Por regla general, también para este rige la sanción de la preclusión respecto de las defensas silenciadas, esto es, las que pudo hacer valer y no hizo. Pero en materia de consumo, y con base en el principio de efectividad, la doctrina del TJUE ha excepcionado la regla abriendo un trazado que ha ido ensanchándose y que pugna por ampliar su ámbito de aplicación. Así se advierte en el proceso de declaración, en el proceso monitorio y en los procesos de ejecución fundada en títulos no judiciales (también la ejecución hipotecaria). Son numerosos los pronunciamientos que han ido estableciendo, primero, y reiterando, después, el deber del juez nacional —configurado en un principio como una facultad<sup>63</sup>— de analizar de ofi-

---

<sup>61</sup> Si la respuesta es afirmativa, será debido a que se entiende que hay prejudicialidad, es decir, conexión entre los dos procesos y no identidad; y, en tal caso, no habría de negarse como remedio la acumulación si ambos procesos se están sustanciando en la primera instancia, hay homogeneidad procedural y ninguna norma de competencia lo impide. Si la respuesta es negativa cabría entender que se debe a que el objeto del segundo proceso está comprendido en el primero, aunque no se haya planteado como objeto principal, lo que conduciría a inaplicar el art. 43 LEC precisamente en un supuesto para el que está pensado recurriendo a la ficción de que los objetos de los dos procesos no son distintos.

<sup>62</sup> STJUE de 30-5-2013 (C-397/11, *Jórös*). Con claridad, el apartado 91 de la STJUE de 28-9-2018 (C-51/17, *OTP Bank*), se expresa en los siguientes términos que traslada al fallo: «corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello».

<sup>63</sup> Partiendo de que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas», la STJUE 27-6-2000 (C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, *Océano Grupo Editorial*), concluía que «sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está *facultado* para apreciar de oficio dicha cláusula» (la

cio la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores tan pronto como cuente con los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello y de practicar prueba de oficio. El control de oficio se fundamenta en la naturaleza de normas de orden público de aquellas (arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13) que imponen la no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas. Esta doctrina obliga a realizar las actuaciones de un determinado modo y ha provocado reformas legales una vez recibido el reproche del tribunal europeo.

El silencio que suple el juez que conoce del proceso debe dar paso a que las partes se pronuncien sobre aquello que hasta ese momento no se había planteado; así lo exigen los principios de audiencia y contradicción:

a) Si de un juicio ordinario se trata, habrá el juez, en la audiencia previa, de abrir un plazo para que actor y demandado aleguen lo que tengan por conveniente respecto de la cuestión introducida por él; también tendrá que abrir un trámite similar tratándose en el juicio verbal, al comienzo de la vista o, si esta no hubiera de tener lugar, comunicándoselo por escrito.

b) Incluso en fase de recurso, procede que el tribunal *ad quem*, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, aprecie de oficio o recalifique el fundamento jurídico hecho valer por consumidor en la instancia y declare la nulidad de una cláusula contractual, aun cuando el litigante no la hubiera invocado<sup>64</sup>.

---

cursiva es mía). La STJUE 26-10-2006 (C-168/05. *Mostaza Claro*) evidencia la evolución de la doctrina del tribunal que da paso a la configuración del control judicial de oficio como un deber: «la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional *deba* apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional» (la cursiva es mía).

<sup>64</sup> STJUE de 30-5-2013 (C-397/11, *Jórös*). El fundamento de esta atribución al tribunal de la apelación lo expresa en el apartado 30: «cuando el juez nacional que resuelve en apelación esté facultado, u obligado, a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas nacionales de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, debe ejercer también esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva». En directa relación con nuestro ordenamiento, la STJUE de 17-5-2022 (C869/19, *Unicaja Banco*) resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Sala Primera del TS en los siguientes términos: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha

c) En el proceso monitorio, el apartado cuarto del art. 815 LEC disponía —en la redacción que le dio la Ley 42/2015, de 5 de octubre<sup>65</sup>— que el juez, antes de que se practique el requerimiento, había de dar audiencia a las partes y solo oídas estas, resolvería sobre la continuación del procedimiento y, en su caso, sobre la cuantía por la que se le requiera de pago. Las cosas han cambiado tras el Real Decreto-ley 6/2023. Conforme a lo establecido en el modificado art. 815.3 LEC, el juez resuelve de plano sobre el carácter abusivo de las cláusulas determinantes de la petición o de la cuantía, y lo hace en el trámite de admisión y sin dar audiencia a las partes. Mediante un auto, del que da traslado al acreedor, formula la propuesta de requerimiento de pago por el importe corregido a la vista de la documentación aportada o el que resulte de excluir de la cantidad reclamada la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula. Al acreedor solo le cabe aceptarla o rechazarla. En este caso, el juez no solo no suple silencio alguno (aún no ha habido ocasión de decir), sino que lo impone, manifiesta su criterio sin dar opción a un debate contradictorio: si, por un lado, no procede que en este trámite el acreedor dé razones de su disconformidad, por otro, el deudor no tiene siquiera un cauce habilitado a través del cual alegar lo que estime oportuno —incluso su voluntad de que no excluya la aplicación de la cláusula—, puesto que hasta ese momento las actuaciones se entienden solo con el solicitante. Aquí radica, a mi parecer, el motivo de censura de la nueva norma: el TJUE ha reiterado que, en los casos en que actúa su control de oficio, debe ofrecer a las partes la posibilidad de formular alegaciones habilitándose para ello el correspondiente trámite o incidente contradictorio<sup>66</sup>. El reformado art. 815.3 LEC priva de ello a ambas partes.

---

limitación no ha sido recurrida por el consumidor?». Conviene recordar que el consumidor no había solicitado la restitución íntegra de las cantidades abonadas porque regía en ese momento la doctrina del TS que la limitaba temporalmente y fue, estando pendiente la apelación, cuando el TJUE dictó la sentencia Gutiérrez Naranjo que obligaba a corregir la doctrina jurisprudencial. La Audiencia no ordenó la plena restitución del consumidor y este recurrió en casación alegando que debió hacerlo pronunciándose a tal efecto de oficio. Como ha señalado la profesora AGUILERA MORALES (2023: 117), la STJUE no eleva a generalidad la incompatibilidad de la Directiva 93/13 con los citados principios procesales: «la incompatibilidad se circunscribió al caso de que el consumidor no hubiera tenido la oportunidad de invocar eficazmente sus derechos en sede de recurso por razones distintas de su total pasividad».

<sup>65</sup> Como el propio preámbulo de la ley reconocía, fue la STJUE de 14-6-2012 (C-618/10, *Banco Español de Crédito*) la que motivó la reforma —que se hizo esperar, si la comparamos con la llevada a cabo en la ejecución— que introdujo este novedoso trámite que permitía el control de oficio del juez de la abusividad de las cláusulas antes de requerir de pago al deudor.

<sup>66</sup> Por el contrario, para GÓMEZ AMIGO (2024: 4 y 5), la norma no merece reproche alguno, antes al contrario: mejora el trámite de control de oficio, evita contravenir la técnica monitoria y agiliza el procedimiento. En su opinión, lo que lleva a cabo el juez es un control de admisibilidad (de la exi-

Repárese, además, en otra circunstancia: llevado a cabo el control de oficio por el juez, este dicta un auto que se notifica al peticionario y solo a él, puesto que es la única parte personada, cuyo contenido es recoger la propuesta del importe rebajado por el que procede requerir de pago, con expresión de la razón que conduce a ese nuevo cálculo (vg. qué cláusula se inaplica porque pudiera ser calificada como abusiva). Pero, al efectuar el requerimiento, la lógica impone que en él se deje constancia de lo acordado, es decir, que exprese qué cláusulas, por su posible carácter abusivo, han determinado la corrección a la baja de la cantidad cuyo pago se requiere al deudor. No parece, sin embargo, que la resolución ni la comunicación hayan de dar cuenta de la apreciación negativa de abusividad de otras cláusulas, lo que puede resultar problemático<sup>67</sup>, como luego veremos, y justificar un nuevo (si no primero) control de oficio en el proceso de ejecución o en el declarativo que se siga si el deudor ha presentado escrito de oposición en el plazo que se le concedió al ser requerido de pago.

d) En el proceso de ejecución, cuando esta se funde en títulos no judiciales ni arbitrales, la Ley 8/2013, de 28 de junio<sup>68</sup>, modificó el art. 552.1 LEC para imponer al juez el examen de oficio en el caso de alguna de las cláusulas contenidas en el título pueda ser calificada como abusiva. De apreciarlo así, oirá a las partes —el plazo es de quince días— y acordará lo que proceda.

Aplicando estrictamente las reglas de la preclusión, el silencio del consumidor —no invocar el carácter abusivo de una cláusula— conduciría a que quedase vinculado por ella, lo que sería contrario a los objetivos de los art. 6 y 7 de la Directiva 93/13. El riesgo de que ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos se conjura atribuyendo al juez el control de oficio de modo que pone voz y da ocasión a ponerla sobre algo hasta entonces omitido. El funda-

---

gibilidad de la norma por no incorporar cláusulas contractuales que puedan ser abusivas) y deja extramuros del monitorio la decisión definitiva sobre la abusividad. A mi parecer, sin embargo, cercenar el contradictorio choca con la doctrina del TJUE a este respecto: el control judicial debe llevarse a cabo y hacerse con contradicción, con independencia de que el legislador disponga que este se realice antes del requerimiento o una vez efectuado este.

<sup>67</sup> Así lo advierte también CEDEÑO HERNÁN (2024A: 361).

<sup>68</sup> En este caso, fue el reproche recibido por la STJUE de 14-3-2013 (C-415/11, *Aziz*) el que impulsó la reforma, no solo introduciendo el control de oficio en el art. 552 LEC, sino incorporando una nueva causa de oposición —el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título, tanto en el art. 557 como en el art. 695 LEC—. Dio también nueva redacción al art. 129 LH que ordena al notario suspender la venta extrajudicial de bienes hipotecados cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez que sea competente el carácter abusivo de las cláusulas del préstamo hipotecario.

mento de este régimen —la situación de desequilibrio— invita o, cuando menos, abre las expectativas a que lo así dispuesto se extienda a otras situaciones caracterizadas por la vulnerabilidad de alguno de los contendientes.

### *B) Los límites*

Pero la voz con la que el tribunal suple la palabra hasta entonces callada del consumidor tiene sus límites. Hay un marco objetivo que no puede traspasar. Las cláusulas examinadas han de ser aquellas que constituyan el fundamento de la pretensión o determinen su alcance o las que puedan fundar la defensa frente a lo pretendido. El contrato no es un terreno por el que se adentre el juez a ver lo que encuentra. Del mismo modo, tampoco su iniciativa probatoria puede exceder esos márgenes buscando o acudiendo a fuentes de prueba que no consten en las actuaciones. Al respecto, resulta especialmente ilustrativa la STJUE de 11-3-2020 (C-511/17, *Lintner*). La demanda presentada por la consumidora tenía únicamente por objeto que se declarara el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que atribuían al banco demandado la facultad de modificar unilateralmente el contrato de préstamo. El tribunal remitente preguntó si estaba obligado a ampliar de oficio el litigio pendiente ante él, como le imponía el auto dictado por el tribunal de apelación, a la apreciación del carácter eventualmente abusivo de las cláusulas del contrato relativas a la certificación notarial de los hechos, a las causas de resolución del contrato y a determinados gastos a cargo de la demandante, aunque esta no hubiera impugnado tales cláusulas en su demanda. La sentencia ofrece las claves de su conclusión en los apartados 27 a 33 que me permito exponer de forma extractada: —«el examen de oficio debe respetar los límites objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal y como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas»; —el juez no debe ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas, lo que comporta que no debe analizar de manera individual, con el fin de verificar su eventual carácter abusivo, todas las demás cláusulas del contrato; —si así lo hiciera, podrían resultar vulnerados el principio dispositivo y la congruencia (*ne ultra petita*).

Lo dicho se proyecta, a su vez, sobre la facultad del tribunal de acordar de oficio diligencias de prueba. Esta iniciativa probatoria se limita a aquellos casos en que «los elementos de hecho y de Derecho que figuran en los autos ante el juez nacional suscitan serias dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas que no fueron mencionadas por el consumidor, pero que *guardan relación con el objeto del litigio*» (apartado 37; la cursiva es mía). Si las cláusulas no

impugnadas no están vinculadas al objeto del litigio principal, acordar pruebas de oficio sobre ellas resultará improcedente.

Desde un punto de vista subjetivo, también hay factores que delimitan el alcance de la voz del tribunal ante el silencio de la parte que, conviene recordar, obedece al propósito de corregir el desequilibrio entre el consumidor y el profesional, de reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real y situar a los litigantes en un plano de igualdad<sup>69</sup>. Si el consumidor, una vez informado por el juez del posible carácter abusivo de las cláusulas, expresa su voluntad de no invocarlo, el tribunal no excluirá la aplicación de las correspondientes cláusulas<sup>70</sup>; el silencio del consumidor ha quedado colmado con el examen de oficio que evita las consecuencias perjudiciales de su silencio por entender que este podría estar anudado a la ignorancia o a la evitación de un coste difícil de soportar; pero, verificado que ese silencio es querido y consciente<sup>71</sup>, debe respetarse y ser congruente con él.

Ligado a lo anterior, es de observar que también el grado de pasividad del consumidor en hacer valer sus derechos puede incidir en que se actúe el control de oficio por el tribunal supliendo su silencio. Si esa pasividad obedece, como apuntaba antes, al desconocimiento o al propósito de evitar riesgos —por ejemplo, el encarecimiento de su defensa— se entiende que es una pasividad justificada y, consiguientemente, procede la actuación de oficio del tribunal. En cambio, esta queda descartada cuando la pasividad del consumidor es total. Como expresó la

---

<sup>69</sup> Véanse, entre otras, SSTJUE de 9-11-2010, (C137/08, *VB Pénzügyi Lízing*), 21-2-2013, (C472/11, *Banif Plus Bank*), 26-1-2017 (C421/14, *Banco Primus*), 17-5-2018 (C-147/16, *Karel de Grote*).

<sup>70</sup> Así se pronunció una temprana resolución: STJUE de 4-6-2009 (C-243/08, *Pannon GSM*): «el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, *salvo si el consumidor se opone*» (la cursiva es mía). Como señala AGUILERA MORALES (2023: 125), la renuncia consciente e informada del consumidor «no excluye el consabido deber de control, sino la consecuente obligación de extraer de él las consecuencias que procedan, caso de apreciar la abusividad de la cláusula». Y la autora lo fundamenta así (2023: 127, nota 43): «es el interés público en dispensar a los consumidores una protección eficaz lo que justifica que la renuncia no consciente e informada quede desprovista de eficacia, y lo que justifica asimismo la activación del control judicial *ex officio* allí donde la inacción del consumidor tiene por razón de ser eludir “un riesgo no deseñable”».

<sup>71</sup> Es decir, que otorga su consentimiento libre e informado [STJUE de 21-2-2013 (C472/11, *Banif Plus Bank*)]. Por ello, como señala STJUE de 9-7-2020 (C-452/18, *Ibercaja*), una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede ser objeto de un contrato de novación «mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional».

STJUE de 10-9-2014 (C-34/13, *Kušionová*), «el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor».

La STS 579/2022, de 26 de julio, es ilustrativa a ese respecto; aplica la contestación a la cuestión planteada por el propio Tribunal Supremo recogida en la citada STJUE de 17-5-2022 (C869/19, *Unicaja Banco*). En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, la prestataria había pedido, con carácter principal, la restitución íntegra de las cantidades abonadas por la aplicación de una cláusula suelo cuya declaración de nulidad también se solicitaba; en aplicación de la doctrina jurisprudencial entonces vigente se condenó a la entidad demandada a restituir las cantidades cobradas solo desde una determinada fecha (el 9 de mayo de 2013) —que la actora había solicitado con carácter subsidiario— y así lo confirmó la Audiencia Provincial, aun cuando en el ínterin —después del plazo para interponer el recurso y antes de dictar sentencia— el TJUE (sentencia Gutiérrez Naranjo) ya había declarado que esa doctrina se oponía al Derecho de la Unión. En casación, se estimó la pretensión principal de la demanda con fundamento en la respuesta dada por el TJUE a la cuestión planteada: la pasividad de la consumidora no fue total, estaba justificada, puesto que, en la apelación, había precluido para ella la posibilidad de hacer valer su reclamación. Por ello, sostiene Damián Moreno, que lo que hizo el Tribunal Supremo fue recurrir a una ficción: es como si el consumidor hubiera recurrido. Y concluye: «habría que entender que, en este tipo de procesos, el tribunal que conoce del recurso de apelación se encuentra respecto de la demanda, en las mismas condiciones que el juez que conoció el asunto en primera instancia, sin limitación alguna»<sup>72</sup>.

### *C) Más allá del momento oportuno o del proceso seguido*

88. El silencio de las partes conduce, como regla, a la preclusión. Tratándose de la tutela de los consumidores, tal efecto se atenúa y se excepciona para dar paso al control de oficio del tribunal. El juez llena el silencio del consumidor y abre el contradictorio sobre aquellos extremos que su actuación pone de manifiesto. Pero de inmediato hay que preguntarse sobre las consecuencias del silencio del tribunal, es decir, cuando ese control no se actúa o solo se actúa en apariencia, defectuosamente.

El momento adecuado y conveniente para llevar a cabo el control de oficio es *a limine* o, si se prefiere, tan pronto como sea posible (en el trámite de admisión

---

<sup>72</sup> Cfr. DAMIÁN MORENO (2022: 5).

de la demanda, en la audiencia previa, antes de acordar el despacho de la ejecución, antes de requerir de pago...). Que el juez deje constancia en la resolución correspondiente de que ha llevado a cabo ese control cobra especial interés en el caso de que no aprecie la concurrencia de cláusulas abusivas<sup>73</sup>. La importancia se manifiesta, sobre todo, por la eficacia de cosa juzgada de esa resolución. No me refiero solo a la cosa juzgada material que impide que vuelva a plantearse y decidirse un proceso ulterior sobre lo ya decidido —teniendo en cuenta que para apreciar la identidad de la *causa petendi* se estará a los fundamentos alegados y los que, aunque no lo fueron, pudieron alegarse— como impide también que se produzcan resoluciones contradictorias cuando la identidad de lo que se ha de resolver en un proceso es solo parcial respecto de lo resuelto en otro anterior que se proyecta sobre aquel como antecedente lógico. Me parece que cobra una destacada relevancia la cosa juzgada formal, no tanto por la nota de inimpugnabilidad que le es característica, sino, sobre todo, porque comporta que en el propio proceso se ha de partir de lo decidido o acordado en la resolución: no podrá sustituirse por otra y el tribunal tendrá que atenerse a lo resuelto, es decir, partir de ello en las actuaciones que se sucedan en esa instancia o fase del proceso<sup>74</sup>.

Los interrogantes a este respecto, entrelazados por una idea común, se suceden. La idea común reside en que el control de oficio no se haya llevado a cabo, no se haya hecho explícito o no se haya fundamentado debidamente. Los interrogantes pueden formularse así:

—¿puede (o debe) el juez de la ejecución pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula tras haber dictado el auto despachando ejecución en el que no hay mención a la existencia de cláusulas abusivas o en el que sencillamente se afirma que, efectuado el control, el resultado es negativo?

---

<sup>73</sup> Si aprecia que alguna cláusula puede calificarse como abusiva, tal apreciación comportará que deba dar audiencia a las partes y, oídas estas, pronunciarse al respecto, salvo lo que prescribe el modificado art. 815.3 LEC según ha quedado expuesto.

<sup>74</sup> Como explica DE LA OLIVA SANTOS (2005: 99 y 100), «la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, sobre todo para el órgano jurisdiccional y también para las partes, produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, *dentro del mismo proceso e instancia* (o recurso extraordinario) en que se haya dictado dicha resolución. Un aspecto, de carácter negativo de esa vinculación se identifica con la firmeza e inimpugnabilidad y consiste en la imposibilidad de sustituir con otra la resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, sea la sustitución inmediata o ulterior, tras un número más o menos elevado de actuaciones procesales. Pero hay también un aspecto positivo de esa vinculación, que la de la efectividad u obligado respeto del tribunal a los dispuestos en la resolución con fuerza de cosa juzgada, con la consiguiente necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni proveer diversa o contrariamente a ello» (la cursiva es del autor).

—¿puede el juez en el ordinario o verbal que sigue al monitorio apreciar el carácter abusivo de una cláusula cuando no lo hizo antes de que el deudor fuera requerido de pago?

—¿puede el juez de la ejecución de una sentencia o de la que sigue a un monitorio sin oposición llevar a cabo ese control cuando no consta que este se realizó debidamente en las actuaciones precedentes?

—¿puede el juez de la ejecución ordinaria que sigue a la hipotecaria llevar a cabo ese control cuando no consta que este se realizara debidamente en esta última?

—¿puede el juez del declarativo posterior a la ejecución llevar a cabo ese control cuando no consta que se realizara debidamente en este último?

A responder afirmativamente invita la STJUE de 17-5-2022 (C-600/19, *Ibercaja*), en la estela de la STJUE 26-1-2017 (C-421/14, *Banco Primus*). Pero una respuesta afirmativa sin matizaciones puede inducir a conclusiones, a mi parecer, desproporcionadas, sobre todo si se tiene en cuenta que no faltan voces que —tras un análisis al que no se puede reprochar precipitación ni falta de esfuerzo argumentativo— incurren en esa desmesura, concretada en la quiebra de la cosa juzgada y de principios procesales de carácter esencial (*dispositivo, justicia rogada, congruencia, preclusión y proscripción de la reformatio in peius*)<sup>75</sup>. Participo, por el contrario y por entenderlo mejor fundado, del parecer expresado por Aguilera Morales<sup>76</sup> (aunque con una ligera discrepancia en uno de sus puntos de partida):

—por un lado, el TJUE restringe la eficacia de la cosa juzgada formal a las cláusulas que fueron expresa y motivadamente objeto de control por el juez; si no hubo tal control o si se afirma escuetamente y sin fundamentación que este se llevó a cabo con resultado negativo, no cabe sostener la existencia de cosa juzgada; el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá pronunciarse sobre ello más adelante en la misma instancia o fase del proceso y, con mayor razón, en el recurso;

—si no hay un pronunciamiento expreso y motivado sobre todas las cláusulas potencialmente abusivas, la cosa juzgada no operará en el proceso ulterior que

---

<sup>75</sup> A este respecto, PÉREZ-CRUZ MARTÍN (2022: *passim*). Las consecuencias de esa quiebra son, para el autor, la vulneración del proceso justo, el menoscabo de la confianza de los ciudadanos en el proceso, y la generación de situaciones en que queda comprometida la inseguridad jurídica y la imparcialidad del juez, produciéndose potencialmente situaciones de indefensión material.

<sup>76</sup> AGUILERA MORALES (2023: 143-146).

sig a aquél, en el que, por tanto, podrán ser examinadas *ex officio* o a instancia de parte las que no lo fueron<sup>77</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional, con apoyo en la sentencia *Banco Primus*, ya había trazado el camino para alcanzar estas conclusiones. Lo hizo en la STC 31/2019, de 28 de febrero. En un proceso de ejecución hipotecaria, la ejecutada presentó un escrito pidiendo la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato de préstamo hipotecario; lo hizo después de que se hubiera dictado el decreto de adjudicación del bien pero cuando aún no se había llevado a cabo el lanzamiento (el proceso no había concluido); entre el referido decreto y el escrito de la parte se conoció la sentencia *Banco Primus*. Frente a la desestimación de su petición, reaccionó promoviendo un incidente de nulidad de actuaciones y, ante su inadmisión, recurrió en amparo por entender que el órgano judicial debió haberse pronunciado de oficio sobre la cláusula y que, al inadmitir el incidente, se había vulnerado su derecho de acceso a la jurisdicción. Entre las razones dadas por el juez de la ejecución para inadmitir el incidente, me parece de especial interés destacar estas dos: (1) la extemporaneidad de la solicitud de la ejecutada por haber transcurrido más de veinte días —cuatro meses— desde que la demandada tuvo conocimiento del eventual defecto (art. 228 LEC) y (2) la preclusión del plazo de la recurrente para formular oposición a la ejecución por la posible presencia de cláusulas abusivas (art. 136 LEC). Adujo, asimismo, que el examen del título se había efectuado en el momento procesal previsto en el artículo 552 LEC.

El Tribunal Constitucional, invocando la doctrina del TJUE, insiste en la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual. Esa obligación ha de actuar sin importar el momento ni el modo en que hayan llegado a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para hacerlo. Y esa obligación decae si concurre una excepción: que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada (FJ 6). Estas consideraciones conducen, a su vez, a otras:

—el control de las cláusulas abusivas es necesario «siempre que no hubiera existido control previo apreciado por resolución con fuerza de cosa juzgada»;

---

<sup>77</sup> Aquí radica mi discrepancia con la autora antes citada; nuestro punto de partida no es coincidente. Me refiero a la atribución de cosa juzgada al auto que resuelve la oposición por motivos de fondo, El mío coincide con el de la Sala Primera (hay cosa juzgada); el de la profesora AGUILERA es de sentido contrario. La reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2023 incide en esta cuestión; volveré sobre ello en el texto. Sobre el criterio jurisprudencial y las discrepancias doctrinales, véase CACHÓN CADENAS (2022).

—no cabe entender que se ha llevado a cabo ese examen si el auto que despatcha ejecución se limita a decir que la demanda cumple los requisitos establecidos en la ley, que el título tiene aparejada fuerza ejecutiva y es formalmente regular y que el ejecutante ha acreditado su condición de acreedor en el título presentado;

—es de singular importancia qué valor ha de atribuirse al silencio sobre cada una de las cláusulas: aunque se entendiera que es consecuencia de que nada hay de objetable en ellas, es insuficiente la motivación que se limita a hacer constar que se ha efectuado el control de los requisitos de la demanda, de los documentos que la acompañan y del título; si no hay un razonamiento expreso —propio de un pronunciamiento de fondo como el que aquí se exige— es que no ha habido control y si no ha habido control, es que no hay una resolución con fuerza de cosa juzgada que vede el que, de oficio o a instancia de parte, exige el ordenamiento, aunque se produzca en un momento avanzado del proceso.

Si esta es la doctrina tanto del TJUE como del Tribunal Constitucional, parecería aconsejable que esa exigencia de motivación se incorporara a los preceptos legales correspondientes. El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha aprovechado la ocasión para zanjar la discrepancia doctrinal sobre el efecto de cosa juzgada del auto que, en el proceso de ejecución, se pronuncia sobre la abusividad de las cláusulas que constituyen el fundamento de la ejecución o determinan la cantidad exigible, tanto en los casos en que esa resolución se dicta tras el control de oficio como cuando decide la oposición del ejecutado (arts. 552.4 y 561.2 LEC). Si el momento se ha considerado idóneo para dar nueva redacción a estos artículos, también podría haberlo sido para incorporar la exigencia de motivación con expresión, a su vez, de las cláusulas examinadas, algo que no debería quedar limitado al proceso de ejecución. Como no ha sido así, sería bueno que lo fuera en el futuro.

Conviene insistir en ello teniendo en cuenta la evolución de la doctrina del TJUE. Marca un hito, a este respecto, la STJUE (Gran Sala) de 17-5-2022 (C-693/19 y C-831/19, *SPV Project y Banco di Desio*) hasta el punto de que hay quien no ha dudado en calificarla de un *leading case* por su «carácter basilar —o si quiere ver así— fundacional [...] llamada a tener una gran repercusión en materia de preclusión, motivación implícita y cosa juzgada del control de cláusulas abusivas»<sup>78</sup>. En virtud de la doctrina del TJUE, a la que ya ha habido ocasión de

---

<sup>78</sup> Cfr. SÁNCHEZ LÓPEZ (2023: 179). Aunque, según afirma la autora, el análisis que efectúa la sentencia lejos de ser sorpresiva no es sino el corolario de la doctrina del TJUE de los últimos diez años en materia de control de las cláusulas abusivas en sede ejecutiva, los apartados clave en que

hacer referencia, el juez nacional tiene el deber de verificar de oficio si el contrato que está en el origen de la reclamación contiene cláusulas abusivas, un examen que, en el caso del proceso monitorio, ha de efectuarse antes de que se requiera de pago al deudor. La sentencia *SPV Project y Banco di Desio* señala que, para que la tutela judicial del consumidor sea efectiva, el juez debe haber procedido a esa verificación *efectiva y exhaustivamente* y dar cuenta de ello *motivadamente* en la resolución que da lugar al requerimiento. En otro caso, si no lo ha hecho y el deudor no ha formulado oposición, el juez de la ejecución que inste el acreedor deberá llevar a cabo ese control de oficio, lo que conduce a que «pueda apreciar, incluso por primera vez, el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre las que se fundamenta el requerimiento de pago expedido por un juez a instancia de un acreedor y contra el cual el deudor no ha formulado oposición».

No cabe deducir del razonamiento ni de la conclusión de la sentencia que la corte de Luxemburgo haya desmontado el concepto de cosa juzgada ni la construcción jurídica sustentada en torno a ella o que la haya sacrificado en nombre del principio de efectividad; lo que el tribunal hace es establecer límites a la eficacia incontestable de una resolución falta de motivación<sup>79</sup> y esos límites vienen definidos por el silencio.

Esta configuración sugiere nuevos interrogantes unidos al alcance —o, si se prefiere, a la proyección— que haya de darse a ella y que en parte he anticipado. ¿Se ciñe a la relación entre el monitorio y la ejecución del título creado en él?: ¿se ciñe al ámbito del consumo?; ¿existe algún límite temporal?; ¿qué incidencia tiene sobre la formación del contradictorio y el silencio de la parte cuando se le da ocasión de decir lo que a su derecho convenga?

La razón de que el juez de la ejecución que sigue a un monitorio —nacional o europeo— sin oposición pueda (deba) examinar la eventual concurrencia de cláusulas abusivas del contrato en que se fundó la solicitud y el requerimiento de pago estriba en que la resolución que deja expedita la vía para instar la ejecución no tiene eficacia de cosa juzgada si el juez del monitorio no llevó a cabo ese control en el incidente previo al requerimiento. Esa misma *ratio* abona que el juez de la ejecución ordinaria que sigue a una ejecución hipotecaria que no satisfizo plenamente al acreedor pueda (deba) examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas que no fueron objeto de control. Y otro tanto habrá que concluir

---

el tribunal fija su doctrina «no contienen cita de ningún precedente jurisprudencial de los varios que podrían haber sido empleados para apoyar las categóricas declaraciones de la Gran Sala».

<sup>79</sup> En este sentido, D’ALESSANDRO (2022: 5).

cuando a la ejecución de un título extrajudicial siga un proceso declarativo. Más aún, llevando a sus últimas consecuencias esta doctrina, y por sorprendente que pueda parecer, también el juez de la ejecución de un título judicial podrá (deberá) examinar el carácter abusivo de las cláusulas no examinadas en el declarativo precedente.

Si el TJUE se ha referido a la relación entre el monitorio y la ejecución subsiguiente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de hacerlo respecto de la ejecución y el declarativo posterior. La STS 1215/2023, de 4 de septiembre<sup>80</sup>, establece que si en el proceso de ejecución —ya se trate de una ejecución ordinaria o hipotecaria— no se ha examinado, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula, o si en el auto que despacha ejecución no se contiene motivación expresa alguna al respecto, en el declarativo en que se solicite la nulidad de una cláusula —haya o no concluido la ejecución— no hay cosa juzgada que impida ese examen: no hay cosa juzgada, ni litispendencia ni preclusión.

Esta referencia a la preclusión —que se recoge expresamente en el quinto fundamento de derecho de la sentencia<sup>81</sup>— invita a una nueva reflexión, motivada, asimismo, por otro pronunciamiento anterior, en este caso del Tribunal Constitucional. Me refiero a la STC 31/2019, de 28 de febrero, ya citada en páginas precedentes. No obstante las diferencias que cabe observar entre los dos casos, hay un elemento común que me parece de relevancia: tanto en uno como en otro, la invocación tardía<sup>82</sup> de la nulidad de la cláusula tiene lugar como consecuencia

---

<sup>80</sup> En el caso que resuelve la sentencia, la ejecución seguida lo era de título no judicial, una escritura de préstamo sin garantía hipotecaria. El auto que despachó ejecución no contenía motivación expresa sobre el examen de oficio del carácter abusivo de la cláusula que establecía el interés de demora. En la oposición que formularon los ejecutados, alegaron el carácter abusivo de una cláusula distinta (la que regulaba la liquidación de la deuda). Después de ser desestimada y sin haber concluido la ejecución, los deudores presentaron una demanda de juicio ordinario contra la entidad ejecutante en la que pedían que se declarara la nulidad de la cláusula de interés de demora contenida en el título que estaba siendo objeto de ejecución. La sentencia de primera instancia desestimó la excepción de cosa juzgada que hizo valer la demandada; la de la Audiencia, por el contrario, la estimó y revocó la sentencia recurrida.

<sup>81</sup> Es el que condensa la doctrina: «no existiendo una resolución firme, dictada en el proceso de ejecución, que contenga un pronunciamiento expreso y motivado, al menos sucintamente, que enjuicie, de oficio o a instancia de parte, el carácter abusivo de la cláusula de interés de demora, ya sea para declarar su carácter abusivo, ya sea para rechazarlo, no existe litispendencia ni cosa juzgada, ni se ha producido la preclusión respecto de la posibilidad de solicitar la nulidad de tal cláusula, por abusiva, en un proceso ordinario».

<sup>82</sup> Al calificarla de tardía quiero decir que tiene lugar con posterioridad al momento ordinario establecido por la ley para su alegación.

de pronunciamientos jurisdiccionales dictados y conocidos una vez que había expirado el plazo para oponerse; y común a ambos casos es el dato de que entre el pronunciamiento que sirve para fundar la abusividad que no se había invocado y la alegación que la pretende hacer valer transcurren varios meses<sup>83</sup>. La inexistencia de cosa juzgada de la resolución que ordena requerir de pago en el monitorio o de la que, en el proceso de ejecución, acuerda despacharla sin haber examinado el carácter abusivo de las cláusulas, o sin haber motivado el juicio negativo acerca de su concurrencia, no cierra el paso a la alegación del deudor en el trámite oportuno (el de la oposición a la ejecución). Pero, además, lo que se concluye de las dos sentencias antes referidas es que esa puerta permanece abierta durante todo el curso del proceso hasta su terminación, porque no precluye. Este dato introduce un factor de incertidumbre en la tutela del crédito y puede propiciar que se produzcan consecuencias perjudiciales tanto para quien la insta como para el propio sistema judicial. Como consecuencias perjudiciales hay que entender que haya de decidirse en un momento avanzado del proceso —incluso en fase de recurso o, aún más, en otro proceso— lo que pudo resolverse en un momento temprano de las actuaciones y que no se resolvió porque el juez no hizo lo que tenía que hacer o porque el deudor, descuidada o interesadamente, pospuso su alegación para introducirla tardíamente.

Nos encontramos ante una manifestación de la tensión entre los principios de preclusión y elasticidad o, si se prefiere, entre un régimen riguroso y un régimen generoso o flexible de preclusión<sup>84</sup>. La cuestión no estriba tanto en las ventajas o inconvenientes que ofrece cada uno de ellos —que, sin duda, deben ponderarse—, sino en la razón que conduce a estimar aplicable uno u otro. Como explica Vallines<sup>85</sup>, el principal argumento en pro de un régimen generoso de preclusión es que con él se contribuye a la consecución de intereses de naturaleza pública; en cambio, en pro de un régimen de preclusión riguroso juega, «en primer lugar, el hecho de que la mayoría de los poderes procesales estén configurados para la consecución de intereses privados, lo que entraña con el principio dispositivo que informa el proceso civil [y], en segundo lugar, el procurar que en el proceso no se

---

<sup>83</sup> En el asunto resuelto por la STS 1215/2023, de 4 de septiembre, fue una sentencia del pleno de la Sala Primera de 22 de abril de 2015 la que motivó que los ejecutados presentaran la demanda de juicio ordinario el 22 de septiembre de 2015. En el asunto que dio pie a la STC 31/2019, de 28 de febrero, fue la sentencia del TJUE *Banco Primus*, de 26 de enero de 2017, la que motivó que el ejecutado instara la nulidad de actuaciones el 29 de mayo de 2017.

<sup>84</sup> Al respecto, VALLINES GARCÍA (2004: 105 y ss).

<sup>85</sup> VALLINES GARCÍA (2004:110 y 111).

multiplique la actividad procesal debido a innecesarios ajustes procedimentales o retroacciones».

Desde la STJUE de 26-10-2006 (C-168/05, *Mostaza Claro*), la corte ha ido reiterando que las normas del ordenamiento de la Unión que, con el fin de proporcionar una adecuada protección a los consumidores, imponen el control de oficio de las cláusulas abusivas son normas de orden público; y puesto que ese control es debido desde el momento en que el tribunal disponga de los elementos fácticos y jurídicos para verificar tal examen, deja de ser determinante el momento en que se aporten. Recuérdese que la STJUE de 6-10-2009 (C-40/08, *Asturcom*) sitúa la protección de la Directiva 93/13 en el mismo nivel que las normas nacionales de orden público que hayan de ser controladas de oficio por el juez (como es el caso de las normas de jurisdicción y competencia objetiva y funcional). Siguiendo este razonamiento, se concluye que la alegación tardía del carácter abusivo de las cláusulas y la aportación intempestiva de los elementos que la fundamenten no es óbice a que se proceda a su examen, aunque la parte haya guardado silencio a este respecto en el trámite procesal establecido para hacerlo; no hay contravención del principio dispositivo por la sencilla razón de que no este el que rige dada la naturaleza de las normas que resultan de aplicación<sup>86</sup>. Pero no debemos olvidar otra de las enseñanzas de la sentencia *Asturcom*: el deber de control judicial de oficio no puede suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor en la defensa de sus derechos<sup>87</sup>. En los casos que dan pie a este análisis, no puede decirse que el consumidor permaneciera pasivo; al contrario; suscitó la cuestión a través del cauce que entendió procedente (el incidente de nulidad de actuaciones, en un caso, una demanda de juicio declarativo pendiente la ejecución, en otro; y cabría pensar en otras posibilidades, como en su introducción en el recurso que pudiera interponer, aunque no lo hubiera hecho valer antes).

Lo anotado sugiere dos interrogantes: uno, acerca de la razón de la inacción (del silencio) del consumidor; otro, relativo al tiempo en que permanece pasivo y al momento en que decide poner fin a su inacción.

Para el TJUE, la razón del silencio es importante; lo es hasta el punto de que solo una pasividad justificada del consumidor abona el control de oficio del juez y, por consiguiente, añadiríamos, que el propio consumidor pueda recabar el control judicial en un momento posterior al que la norma procesal le concede para

---

<sup>86</sup> En este sentido, SCHUMANN BARRAGÁN (2022: 263)

<sup>87</sup> Y así lo ha reiterado en resoluciones posteriores; como muestra SSTJUE de 1-10-2015 (C32/14, *ERSTE Bank Hungary*) y 17-5-2022 (C869/19, *Unicaja*).

oponerse a la pretensión del empresario o profesional y alegar lo que a su derecho le convenga. El tribunal ha concretado esa justificación<sup>88</sup> en el establecimiento de un plazo particularmente breve, en los elevados costes —en relación con la cuantía de la deuda litigiosa— que implica la actuación procesal, hasta el punto de que podría disuadirlo de defenderse o en la información incompleta de que dispone. En los casos que hemos visto, ya ha habido ocasión de advertir que fue una nueva doctrina jurisprudencial lo que motivó la reacción del consumidor, puesto que invertía sus expectativas (abocadas conforme a la interpretación jurisprudencial anterior al fracaso y, con la nueva, al éxito).

Ahora bien, a mi parecer, el factor tiempo no debe ser desdeñado. Nuestro esfuerzo debe dirigirse a proporcionar un cauce que permita conciliar las exigencias derivadas de la naturaleza de orden público de las normas dirigidas a la protección del consumidor y la buena ordenación del proceso que evite dilaciones, actuaciones inútiles y maquinaciones. Me parece que el modo mejor de lograrlo consistirá, por una parte, en que el juez cumpla con su deber de control y motivación y, por otra, en que provoque que el consumidor abandone, si así lo quiere, su inacción en un determinado plazo, de manera que, de no hacerlo, se concluya que opta por una total pasividad y que, de hacerlo una vez expirado el plazo, se entenderá que formula su petición con abuso de derecho lo que ha de conducir a su rechazo. Esta es, al cabo, la solución que, para el proceso monitorio sin oposición, proponía la doctrina italiana<sup>89</sup> tras la STJUE *SPV Project y Banco di Desio*; el juez debería (1) declarar que ha realizado el examen de oficio de las cláusulas con indicación expresa de cuáles han sido objeto de ese control; (2)

---

<sup>88</sup> SSTJUE de 14-6-2012 (C618/10, *Banco Español de Crédito*) y 22-9-2022 (C-335/21, *Vicente*).

<sup>89</sup> D’ALESSANDRO (2022: 7), DALLA BONTÀ (2023: 6). Era la propuesta, según recoge la segunda de las autoras citadas, del Procuratore generale della Corte di Cassazione, G.B. Nardecchia. Este ha sido, finalmente, el camino trazado por la Sentencia n. 9479 de 6-4-2023 de la Corte (sezione civile unite). El encaje que, a este respecto, lleva a cabo el pleno del tribunal no deja de ser problemático en aspectos tales como el de la subsunción de la ausencia de motivación —al fin y al cabo un error en el que ha incurrido el juez— en los motivos de caso fortuito y fuerza mayor, el plazo concedido para oponerse (tanto en su extensión, que pasa de diez a cuarenta días, como en la determinación del *dies a quo*) o la determinación del fuero que determina la competencia del juez al que se remite la oposición (que puede no ser el del domicilio del consumidor y que se trata de obviar con el desarrollo telemático del juicio) o los problemas que pueden derivarse en los casos en que el requerimiento haya sido dictado en otro Estado y la ejecución esté pendiente en Italia. Sobre estos extremos, D’ALESSANDRO (2023) y VINCRE (2023); esta última autora ofrece una solución distinta sobre la base de que la cosa juzgada del decreto que requiere de pago no se refiere a la validez o abusividad de las cláusulas contractuales, sino solo al derecho de crédito, de modo que la declaración sobre la abusividad no entra en lo deducible ni, en consecuencia, queda cubierta por la cosa juzgada.

señalar las razones que le han conducido a considerar que las cláusulas no son abusivas; y (3) comunicar al consumidor que su falta de oposición en el plazo y en el trámite que dispone a tal efecto acarreará la pérdida de toda oportunidad de hacer valer —en el proceso en curso o en ulteriores procesos— el carácter abusivo de las cláusulas examinadas. Ciertamente las diferencias que presenta nuestro ordenamiento respecto de lo que dispone el italiano en materia de oposición a la ejecución son notables y la solución que propuso la doctrina de aquel país y la que finalmente adoptó su Corte de Casación obedecen en buena medida a las peculiaridades del régimen legal de esta institución. En efecto, y con carácter singular, debe anotarse que —conforme a lo establecido en el *Codice di procedura civile* y en contraste con lo que dispone nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil— la oposición a la ejecución no se articula proceduralmente como un incidente de la ejecución, sino que da lugar a un juicio de cognición que se ha de desarrollar ante el juez competente<sup>90</sup>. De ahí que la referida comunicación al deudor cobre un especial significado en un régimen caracterizado del modo que sintéticamente acaba de describirse. Pero esto no es óbice a que sea aconsejable incorporar ese modo de proceder a nuestro ordenamiento, con la ventaja añadida de que será el juez de la ejecución el que conocerá de la pretensión de nulidad de las cláusulas que, en su caso, formule el deudor consumidor, lo que redunda no solo en la economía procesal, sino en la evitación de problemas de coordinación entre dos procesos, sobre todo en lo que atañe a la suspensión de la ejecución.

La solución propuesta debería aplicarse en el primer proceso en que esté en juego la tutela del consumidor; y si el juez de ese primer proceso no obrara según lo descrito, igual solución debería aplicarse en el proceso que siguiera a aquel (como sería el caso del proceso de ejecución incoado tras el monitorio o tras una ejecución hipotecaria). Quedaría, no obstante, un resquicio, precisamente el que ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo con que han comenzado estas consideraciones: que una jurisprudencia sobrevenida alegada por el consumidor dé pie al control de una cláusula hasta entonces no verificada o a un nuevo control que en el examen previo —en la hipótesis de que este se ha producido— condujo a un resultado negativo. En tal

---

90 Como señala D’ALESSANDRO (2023: 1065), «Nel sistema disegnato dalle Sezioni unite, il giudice dell’esecuzione può solo controllare e segnalare la presenza ovvero l’assenza di eventuali clausole abusive al consumatore-esecutato, giammai può dichiararne la sussistenza e trarne le relative conseguenze giuridiche, ai soli fini della procedura esecutiva in corso»; por ello, «la “vera valutazione” sarà fatta dal giudice della cognizione ex art. 650 c.p.c., all’esito di un’attività istruttoria che quest’ultimo può disporre».

caso, queda excluido el juego de la preclusión, incluso en el supuesto de que el consumidor haya demorado en exceso su alegación; que su silencio se haya prolongado en el tiempo y en su transcurso se hayan producido actuaciones, y gastos, que hubieran podido evitarse no puede deparar la inadmisión del escrito —o, más improbablemente, de la alegación oral— en que se pida la nulidad de la cláusula que hasta entonces se había silenciado: lo impide el interés público en dispensar a los consumidores la protección que establece el ordenamiento de la Unión; el reproche a este respecto solo podrá venir por la aplicación de las normas que recogen las reglas de la buena fe procesal.

Estos mecanismos de control operan solo cuando lo que está en juego es la protección del consumidor. Si la razón que lo justifica es el desequilibrio contractual, habrá que plantearse si otras situaciones que presuman o evidencien la vulnerabilidad de uno de los litigantes merecerán un reequilibrio de las posiciones a través de una actuación de oficio para superar—o dar ocasión de hacerlo— omisiones o silencios que puedan comportar una pérdida de derechos. La clave para ello bien puede residenciarse no tanto en la iniciativa de oficio para apreciar las condiciones impuestas a la parte débil sin capacidad de reacción, como en poner en su conocimiento la información que le permita hacer valer los derechos y las razones que, en otro caso, pudiera ignorar. La cuestión adquiere una especial relevancia en aquellos casos en que no está en juego el orden público, puesto que, no estandolo, ya no se trata de expulsar del tráfico las conductas que lo contravienen ni de disuadir de llevarlas a cabo; de lo que se trata ahora es de que el litigante débil —por el momento el consumidor— sea consciente de la tutela que puede pretender por tener derecho a ella. En definitiva, de garantizar que el silencio, si se produce, es querido o, dicho de otro modo, que la tutela que insta es la que en ejercicio de su autonomía de la voluntad quiere solicitar y a esa misma razón —a su poder de disposición— obedece también que, pudiendo interesar otra distinta o añadida, no lo hace.

La STJUE de 14-12-2023 (C-83/22, *Tuk Tuk Travel*), aunque acotada al ámbito de los consumidores, proporciona unas pautas que el legislador debería introducir en este ámbito y que bien podría incorporarlas para una más acabada tutela de los sujetos que se encuentren en una situación de desequilibrio, desigualdad o vulnerabilidad (y que, previamente, deberían ser definidas con precisión). El caso que dio pie a la sentencia mencionada fue el de un consumidor que había cancelado un viaje combinado a causa de la pandemia del covid-19; se trataba de un viaje para dos personas a Vietnam y Camboya con salida desde Madrid el 8 de marzo de 2020 y regreso el 24 de ese mismo mes; el 12 de febrero el demandante comunicó a la demandada su decisión de resolver el contrato dada la propagación

del virus en Asia y solicitó la devolución de las cantidades que le correspondiesen. En la demanda que dirigió frente a la agencia no reclamó todo el importe que había adelantado, a pesar de que el art. 12.2 de la Directiva 2015/2302<sup>91</sup> reconoce el derecho del viajero al reembolso completo de los pagos realizados, sin ninguna penalización, de concurrir circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino. Las claves de la solución y, con ella, la doctrina que cabe extraer de la sentencia *Tuk Tuk Travel* se pueden condensar en los apartados que reproduzco a continuación:

a) en primer lugar, debe afirmarse el deber del juez de proceder al examen de oficio si concurren determinados presupuestos, es decir, a salirse de los límites del litigio determinados por las partes: «el juez nacional está obligado a examinar de oficio si se han cumplido determinadas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores cuando, de no realizarse tal examen, no podría lograrse el objetivo de protección efectiva de los consumidores» (apdo. 46);

b) el silencio del consumidor y la razón que pudiera estar detrás de ese silencio son los factores desencadenantes de la actuación de oficio; en una situación en la que el viajero no pida la aplicación del art. 12.2 (la resolución del contrato y el reembolso íntegro de las cantidades anticipadas) «pese a parecer que se cumplen las condiciones para tal aplicación, no debe excluirse que ignorara la existencia del derecho de resolución establecido en dicha disposición. Pues bien, ello basta para que el juez nacional pueda invocar de oficio la referida disposición» (apdo. 58);

c) afirmado lo anterior, debe establecerse cuál es el alcance de la iniciativa del tribunal; lo que el control de oficio exige del juez es

«por un lado, que informe al demandante de su derecho de resolución [...] y, por otro lado, que ofrezca al demandante la posibilidad de invocar ese derecho en el procedimiento judicial en curso y que, si lo invoca, dé al demandado la oportunidad de un debate contradictorio» (apdo. 61);

d) si este es el sentido positivo del contenido del examen de oficio, puede también delimitarse tal control en un sentido negativo: «no puede obligarse al

---

<sup>91</sup> Se trata de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

juez nacional a resolver de oficio un contrato de viaje combinado con arreglo a esta disposición si el viajero, tras haber sido advertido de este extremo por aquel, manifiesta su intención libre e informada de no resolver su contrato al amparo de dicha disposición»<sup>92</sup> (apdo. 63).

Avanzaba que el legislador debe llevar a cabo las modificaciones normativas necesarias en el proceso de declaración para que las exigencias que se contienen en la sentencia *Tuk Tuk Travel* puedan articularse en la sustanciación del proceso sin recurrir a soluciones imaginativas de nuestros tribunales. Deben, por tanto, precisarse los siguientes extremos<sup>93</sup>:

- a) en qué momento debe llevarse el control de oficio del juez descrito en los términos antes referidos; la economía procesal aconseja que fuera el trámite de admisión a la demanda, pero si el letrado de la Administración de Justicia no diera traslado al juez para este fin y el control se produjera tras la contestación del demandado, en el caso de que el actor ampliara o modificara su pretensión, habría que habilitar un nuevo plazo para que el demandado pudiera presentar alegaciones a este respecto;
- b) los plazos en que el juez ha de informar y resolver y en los que las partes pueden llevar a cabo las actuaciones procedentes a la vista de lo informado y acordado por el juez;
- c) la necesidad de intentar una solución negociada tras la variación del objeto;
- d) la transformación del procedimiento si la modificación de la cuantía o la acumulación de acciones provocara tal cambio;
- e) los efectos anudados a la falta de control por el juez (el eventual control de oficio por el tribunal del recurso y la asunción de la instancia o el reenvío);

---

<sup>92</sup> Es lo que permite a CEDEÑO HERNÁN (2024B: 10) concluir, comparando lo que dice el TJUE en esta sentencia con lo que dijo en el asunto *Duarte* al que ha habido ocasión de referirnos en páginas anteriores, que la corte «ha evolucionado de imponer al órgano jurisdiccional la concesión de oficio de tutelas no solicitadas por el demandante, excediendo de los límites del objeto del proceso, a proclamar el deber del juez nacional de informar al consumidor de los derechos que le asisten para que, si lo considera conveniente, modifique o amplíe sus peticiones de tutela»

<sup>93</sup> Con carácter general, CEDEÑO HERNÁN (2024B: 11) aboga por que la ley introduzca especialidades en los procesos relativos a la tutela de los consumidores y que, entre ellas, «se refuerzen los poderes de actuación de oficio del juez, no solo para apreciar de oficio las cláusulas contractuales abusivas, sino también para informar al consumidor de los derechos que le reconoce la normativa europea y evitar de este modo que no los ejercite por desconocimiento». Por ello, estima necesario flexibilizar las reglas de preclusión, respetando la autonomía de los consumidores y sin descuidar el derecho de defensa de la parte contraria.

f) los efectos anudados al silencio del actor (preclusión o renuncia) y a los del demandado (preclusión, admisión de hechos o conformidad con la pretensión).

Estamos ante un nuevo reto por exigencias de la tutela de los derechos que obliga a plantearnos la medida en que esa protección debe reforzarse, la distribución de las cargas procesales entre las partes y las consecuencias anudadas al silencio que guarden cuando, teniendo la ocasión de decir lo que a su derecho convenga, opten por callar. A mi parecer, el grado de refuerzo que exigen situaciones como las descritas no debe ir más allá de proporcionar a quien ha iniciado un proceso jurisdiccional la información sobre los derechos que le asisten y que no ha ejercitado en relación con el objeto de ese proceso. Una vez informado, su no ejercicio debe quedar sujeto a las reglas de preclusión que rigen con carácter general y a las reglas generales considero oportuno remitirme para los casos en que el demandado no contradiga la pretensión del actor o las afirmaciones que recoja su escrito de alegaciones.

### **III. Coda**

Estas reflexiones sobre el silencio de las partes en el proceso civil han obligado a transitar por un largo trazado, lineal en ocasiones, con caminos de ida y vuelta en otras y con no pocas bifurcaciones que había que seguir. Ese recorrido ha evidenciado, como tantas veces ocurre en el mundo del Derecho, la heterogeneidad de situaciones y soluciones y cada una requería preguntarse por su fundamento y acierto sin dejar de indagar lo que cada una, a su vez, pudiera tener en común con otras. Ese me parece que es, en buena parte, el cometido de la ciencia jurídica: descubrir la razón de las cosas y preguntarse sobre la coherencia del sistema, porque solo respondiendo adecuadamente a la primera excluiremos el capricho y la arbitrariedad y solo construyendo debidamente el segundo garantizaremos la previsibilidad y la observancia voluntaria de las reglas que nos damos. La complejidad de las relaciones personales tiene su reflejo en la complejidad del ordenamiento; razón y sistema constituyen los pilares para afrontar esa complejidad y hacerla inteligible evitando y huyendo de la fragmentación, la desconexión y la atomización de las respuestas que desorientan y debilitan la confianza en el Derecho. Los aforismos —arrancaba mi discurso con ellos— condensan experiencias y enseñanzas, pero son también, no pocas veces, simplificaciones excesivas que en lugar de servir o alumbrar como meras referencias, se usan interesada o perezosamente como atajo burdo en el análisis y la solución de los problemas. Bien se advierte cuando contamos, como es el caso, con dos máximas contrapuestas de raigambre histórica, acuñadas en las fuentes jurídicas romanas

y canónicas, que conducen a interpretar la falta de palabra de modo divergente. Ocación ha habido —y espero haberla aprovechado— de mostrar una panoplia de escenas y escenarios procesales en que el silencio se hace presente y en que, más allá de ese elemento común, se hacen presentes elementos diversos —atinentes a la condición de los sujetos, a la tutela pretendida, al cauce seguido— que transforman su significado.

He atendido al silencio querido o descuidado, el que guardan las partes cuando tienen la oportunidad de ser oídas o son compelidas a decir lo que solo ellas pueden decir. Y el esfuerzo que he llevado a cabo me invita a desplegar otro para preguntarme por el silencio debido y quebrado, es decir, el que no se produjo cuando debió guardarse, y el silencio indebido, el que en modo alguno debió guardarse, que obliga a dirigir la mirada también hacia otros sujetos y, muy especialmente, hacia el tribunal. Sé, por razón de mi oficio, que unas preguntas suscitan otras; y sé también, por igual motivo, que formular, o al menos buscar, las respuestas equiere sosiego y reflexión. Solo soy capaz de encontrar esas condiciones lejos del ruido que no es, las más de las veces, sino confusión. Permítanme, por tanto, que pronunciadas estas palabras para hallar las adecuadas a esa nueva tarea que me impongo vuelva a mi silencio. Es el que por mi parte les dejo ahora convencido de que lo agradecerán.

## Bibliografía

AGUILERA MORALES, Marien (2023): «La pretendida deconstrucción pretoriana del proceso civil. Una visión crítica a propósito de las Sentencias del TJUE de 17 de mayo de 2022», en *Derecho de la Unión Europea y Justicia civil eficiente* (dir. Aguilera Morales, coord.: Fernández Carron). Valencia, Tirant lo Blanch, pgs. 95-150.

BANACLOCHE PALAO, Julio (2003): *Las diligencias preliminares*. Madrid, Thomson-Civitas.

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia (2010): *El juicio verbal de desahucio*. Madrid, Thomson-Civitas.

CACHÓN CADENAS, Manuel (2022): «Oposición a la ejecución y cosa juzgada, con especial referencia a las cláusulas abusivas», en *Proceso y consumo* (dirs.: Cachón Cadenas y Pérez Daudí), Barcelona, Atelier, pgs. 241-259.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía (2018): *Tutela de los derechos reales inscritos*. Valencia, Tirant lo Blanch.

CEDEÑO HERNÁN, Marina (2024A): «Las reformas del Real Decreto-ley 6/2023 en materia de control de cláusulas abusivas», en *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023* (dir.: Banacloche Palao y Gascón Inchausti), Madrid, La Ley, pgs. 333-369.

CEDEÑO HERNÁN, Marina (2024B): «¿Exige el Derecho de la Unión Europea otorgar tutelas de oficio en el Derecho de consumo al margen de las cláusulas abusivas?», en *Diario La Ley* nº 10474, 26 de marzo de 2024.

D’ALESSANDRO, Elena (2022): «Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite», en [www-judicium.it](http://www-judicium.it) (02 Novembre 2022)

D’ALESSANDRO, Elena (2023): «Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l’armonia (e l’autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell’art. 650 c.p.c.», en *Giurisprudenza Italiana - Maggio 2023*, pgs. 1060-1068.

DALLA BONTÀ, Silvana (2023): «Tutela del consumatore, tutela monitoria e giudicato: una lite trilatera?», en *RIDARE - Risarcimento Danno Responsabilità*

DAMIÁN MORENO, Juan (2022): «El valor de las ficciones como garantía del

principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022», en *Diario La Ley* núm. 10174, 21 de noviembre de 2022.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2001): comentario a los arts. 281 y 283, y a los arts. 304 y 307 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con Díez-Picazo Giménez, Vegas Torres y Banacloche Palao). Madrid, Civitas, pgs. 510-514 y 516-517 y pgs. 545-546 y 549.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid, Thomson-Civitas.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio (2001): comentario a los arts. 405, 441 y 444 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva Santos, Vegas Torres y Banacloche Palao). Madrid, Civitas, pgs. 676-678, 757-761 y 768-771.

EGIDO, Aurora (1996): *La rosa del silencio. Estudios sobre Gracián*. Madrid, Alianza Editorial.

FERNÁNDEZ CARRON, Clara (2010): *La tercería de mejor derecho*. Madrid, La Ley.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2000): comentario a los arts. 304 y 307, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.: Fernández-Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau), t. II, Barcelona, Atelier, pgs. 1429.1437 y 1452-1459.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel (2001): *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (2008): «La eficiencia del juicio verbal sumario relativo al cumplimiento o la resolución de ventas a plazos o arrendamientos financieros», en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* t. II, (eds.: Carpi y Ortells), Universitat de València, pgs. 365-372, accesible en <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp9gar.pdf>

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2017): «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), vol. 9, nº 1, pgs. 125-152.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2019): *Acumulación de acciones y de procesos civiles*. Madrid, La Ley.

GÓMEZ AMIGO, Luis (2024): «La reforma del proceso monitorio y de los procedimientos de “jura de cuentas” por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre: los nuevos trámites de control de oficio de las cláusulas abusivas», en *Práctica de Tribunales* nº 167, marzo de 2024, pgs. 1-22.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2011): comentario a los arts. 34 y 35 en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord.: Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández), 2<sup>a</sup> ed., vol. I, pgs. 508-527.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2019): *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*. Madrid, La Ley.

HERRERO PEREZAGUA, Juan F. (2024): «El intento de arreglo amistoso como presupuesto de procedibilidad», en *Masc, to be or not to be? (Medios adecuados de solución de conflictos en la justicia)* (ed.: Barona Vilar). Valencia, Tirant lo Blanc, pgs, 127-156, accesible en <https://open.tirant.com/cloudLibrary/ebook/list>

JIMÉNEZ CONDE, Fernando (2007): *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*. Madrid, Thomson-Civitas.

LAFUENTE TORRALBA, Alberto José (2009): *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi.

LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen (2016): «El silencio del demandado en el proceso civil: aproximación histórico-crítica al aforismo “quien calla, otorga”», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 63 (2016), pgs. 177-195.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2019): *La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales*. Madrid, La Ley.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier (2021): «El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un “medio adecuado de solución de controversias”: a propósito del proceso monitorio», en *Revista General de Derecho Procesal* 55 (2021), pgs. 1-74.

LÓPEZ SIMÓ, Francisco (2024): «Las reformas introducidas en el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo», en *Arbitraje y Jurisdicción, Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, t. II (coord.: David Arias). Madrid, La Ley, pgs. 1227-1255.

MARTÍNEZ VELA, José Antonio (2012): «Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, pgs. 395-422.

MAYORGA, Juan (2019): *Silencio* (discurso leído el día 19 de mayo de 2019 en su recepción pública). Madrid, Real Academia Española. Está disponible en [https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso\\_ingreso\\_Mayorga.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Discurso_ingreso_Mayorga.pdf)

PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar (2013): «El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico», en *RJUAM (Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid)* nº 28, 2013-II, pgs. 285-306.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente y SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús (2017): «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», en *Diario La Ley*, nº 9008, 26 de junio de 2017.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente (2018): «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente». En *Revista General de Derecho Procesal* 46 (2018).

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J. (2022): «La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)», en *Actualidad Civil* nº 7-8, julio-agosto-2022.

PICÓ I JUNOY, Joan (2023): «El art. 400 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa», en *Indret* 2.2023, pgs. 516-535.

RIBELLES ARELLANO, José María (2000): comentario al art. 219 en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.I, (coord.: Fernández-Ballesteros, Rifá y Valls), Barcelona, Iurgium-Atelier, pgs. 845-851.

SÁNCHEZ LÓPEZ, Bárbara (2023): «Efectividad vs. cosa juzgada de cláusulas abusivas en el proceso monitorio, Experiencia española y cuestiones pendientes», en *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea. Riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato. Atti del Convegno (Foggia, 28 settembre 2022)*, a cura di Daniela Longo. Bari, Cacucci Editore, pgs. 133-182.

SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (2018): «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas», en *Diario La Ley* nº 9264, septiembre de 2018.

SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo (2022): «Derecho europeo de consumo y tutela judicial efectiva. La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (dir.: Romero de Pradas). Valencia, Tirant lo Blanch, pgs. 249-264.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid, La Ley.

VALLINES GARCÍA, Enrique (2004): *La preclusión en el proceso civil*. Madrid, Thomson-Civitas.

VEGAS TORRES, Jaime (2001): comentario a los arts. 617 y 618, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva Santos, Díez-Picazo y Banacloche Palao). Madrid, Civitas, pgs. 1080-1083.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa (2019): *El juicio verbal y sus especialidades*. Madrid, La Ley.

VINCRE, Simonetta (2023): «La Corte di Giustizia e le Sezione Unite della casazione sulle nullità consumeristiche», en *Rivista di Diritto Processuale* (4/2023), pgs. 1487-1510.



## **DISCURSO DE CONTESTACIÓN**

A cargo del  
Excmo. Sr. Dr. Don Ángel Bonet Navarro  
Académico de Número

Excelentísimo señor presidente, excelentísimas señoras académicas y excelentísimos señores académicos, excelentísimas e ilustrísimas autoridades; señoras, señores:

Resultará fácil para ustedes descubrir la noble y pareja satisfacción con la que ocupo esta tribuna para contestar al discurso *El silencio de las partes en el proceso civil*, pronunciado por el profesor Juan Francisco Herrero Perezagua. Por una parte, cuenta la dicha de verme reunido en esta sede académica con el recipiendario para cumplir este doble oficio corporativo: acompañarle como padrino y, en nombre de la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, darle la bienvenida en esta solemne ceremonia. Porque esta circunstancia me concede traer también ahora a mi memoria una bienvenida, acontecida hace varios decenios, cuando, siendo alumno en el curso 1984-1985 —era reciente la extensa reforma de la LEC, hecha en el mes de agosto, que dio lugar a la celebración de unas jornadas de estudio en las que participó—, el nuevo académico emprendió una formación jurídica encaminada a dedicar su vida a la enseñanza e investigación del Derecho Procesal; vida asimismo señaladamente comprometida con la representación y alta gestión académica de la universidad. Y, como consecuencia, me concede recordar también el largo acompañamiento mutuo en el itinerario recorrido junto a él en la Universidad de Zaragoza en la que, como he dicho antes en otra ocasión, se hizo universitario, ha hecho universitarios a los que han participado de su enseñanza y de los resultados de su investigación; y en la que él, gracias a su trato cotidiano, me hizo a mí más universitario. Pero, como

he dicho antes, hay otro motivo de complacencia; tener el encargo de contestar un discurso leído que —no solo hecho para la ocasión— está tejido con maduras reflexiones elegidas y recogidas —leer, de *legere*, también tiene que ver con recoger— en el copioso acervo de su investigación.

\* \* \* \*

Este género de consideraciones que acabo de hacer me dispone a dedicar la primera parte de mi intervención a profesor con convicción la *laudatio* de los méritos del nuevo académico para seguidamente desarrollar convenientemente la contestación del discurso.

El recipiendario, nacido en Zaragoza, cursa sus estudios superiores en nuestra universidad en la que alcanza los grados de licenciado y doctor en Derecho. Su tesis doctoral *La condena en costas*, calificada con Apto *cum laude*, es un modelo de ejercicio de la investigación jurídica al servicio de la realidad social; la —para el poco perspicaz— aparente nimiedad del tema: las costas del pleito, se devela, bajo su mirada profunda y minuciosa, como un vigoroso núcleo —no siempre bien considerado—, de las raíces mismas de la preconizada universalidad de la tutela jurisdiccional: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

La repercusión de este trabajo doctoral no quedó limitada privadamente al ámbito académico. Bajo el título *La condena en costas: procesos declarativos civiles* (1994) fue publicado como monografía de inevitable consulta para quienes estudian este tema y, sobre todo, para quienes desean profundizar en el estudio del acceso eficaz al proceso jurisdiccional. Hay que decir algo más. Aquella no fue una impar idea de un joven investigador, consumida en su desarrollo y finalidad perseguida, sino que determinó un camino en el que ha vuelto a abordar el tema y su motivación jurídica, con honda preocupación en momentos distintos de su biografía investigadora.

Esta es una divisa de discernimiento en toda su tarea académica. Si se presta un poco de atención al extenso índice de su obra publicada y a las actividades congresuales dirigidas, organizadas y participadas, que constan en el archivo de esta Real Academia, inmediatamente se advierte que su preocupación e interés se hallan en el lugar y circunstancias particulares que percuten los intereses de los más necesitados; personas cuya respetabilidad pide tutela de una justicia jurídica bien aparejada y vigorosamente garantizada por el único instrumento donde se manifiesta genuinamente: el proceso. No es insólito que haya escogido como

tema de su discurso el silencio y su repercusión sobre las partes del proceso civil. En el centro del trance litigioso está la persona humana: su dignidad y la consideración de su inviolable existencia y del derecho a su pleno, hasta el fin, desarrollo personal.

Las monografías: *Tutela cautelar del menor en el proceso civil* (1997). *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas* (2019) *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil* (2020) y las obras colectivas por él dirigidas: *Los vulnerables ante el proceso civil* (2022), *La justicia tenía un precio* (2023), nos parece que responden a un mismo designio.

Pero en el índice de sus publicaciones encontramos además expresivos y sugerentes estudios planteados sobre los temas cruciales de la justicia, publicados bien como monografías: *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores* (2007), *Lo jurisdiccional en entredicho* (2014), o bien, en obras colectivas bajo su dirección, como *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil* (2015), *Las transformaciones del proceso civil* (2016) y *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, (2020). *Reformas tras reformas: un proceso civil desorientado* (2014).

En fin, nada de lo concerniente al coste de la justicia, tutela del crédito, derecho concursal, resoluciones y recursos, jurisdicción, competencia y objeto del proceso, derecho de la Unión Europea, medios negociales de solución de conflictos, aspectos procedimentales, comentarios a las leyes, y otras reflexiones de carácter general ha sido ajeno a su inquietud investigadora mostrada en casi dos centenares de títulos entre artículos científicos y capítulos de libros y, en un género primorosamente cultivado: sus excelentes prólogos a diversas monografías.

El interés mostrado por la forma de decir y escribir, reflejado en todos sus escritos jurídicos y abordado magistralmente en el delicioso artículo *Palabra precisa y lenguaje sencillo en el discurso jurídico* (2021), se manifiesta una vez más en la disertación que contesto.

La intensidad de la llevanza de la tarea universitaria se pone de relieve en la consideración de ser participante en diversos grupos de investigación, investigador principal en cuatro proyectos de investigación competitivos, así como del Grupo de Referencia “*De Iure*”; director de congresos y jornadas científicas, ponente asiduo en congresos nacionales e internacionales, Secretario General de la Universidad (2008-2016), director de siete tesis doctorales; ha sido ponente invitado en las Universidades de La Matanza, (Argentina), Católica del Norte, Valparaíso y Los Andes (Chile), en el Colegio de España de Bolonia (Italia), en la

Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economía de la Università di Trento y profesor invitado en la Facoltà dei Giurisprudenza de esta última Universidad de Trento. Es miembro de la International Association of Procedural Law.

El magisterio del profesor Herrero Perezagua se nutre en dos fuentes fundamentales: la del conocimiento e interpretación del Derecho y la del tratamiento de este en y para la vida social.

\* \* \* \*

Al leer el discurso del recipiendario, sin envanecerse nadie de vaticinador, puede decirse con certeza que la Academia recibe, a modo de primicia, un anuncio y una muestra sobre la labor que el nuevo académico desarrollará en ella, a partir de ahora: por valernos de una imagen, es unaertura de la obra que le seguirá. Esto es lo que se podría decir motivadamente en esta ocasión; no nos faltaría causa y satisfacción si termináramos así nuestro aserto. Las oberturas musicales de las óperas, como es sabido, son un preludio de la acción que se va a desarrollar acto seguido, señalando el camino hacia la primera escena de la obra y, a menudo, ofrecen resumidamente los temas o melodías musicales que se desarrollan en la obra; lo que vendrá después. Pero he de manifestar que este discurso se presenta más bien ante los académicos como una especie deertura invertida.

Al considerar el discurso como unaertura invertida, pondero primordialmente que en él se recoge una hechura —estilo y contenido— que resume y expresa todo el cosmos del trabajo intelectual del recipiendario ocurrido antes, ya realizado y reconocido en su tarea académica, que responde a su formación humana y científica; un expresivo *opus musivum*, en el que cada una de las piezas que lo componen proviene de una larga e intensa investigación ejercitada que permite conocer el género del objeto y modo de su trabajo. Porque este está entrelazado con dotes y datos: facultades y realidades. Con el uso inteligente de las primeras hace inteligibles y comprensibles las segundas.

En el discurso se descubre esta malla de dotes ejercidas por el nuevo académico y los datos por él trabajados durante muchos años que han antecedido a la composición de la obra ahora primorosamente ofrecida. Y así, el discurso revela también un asunto expuesto (con dotes y datos) con la originalidad de un maestro. Porque la originalidad de un autor no consiste en cultivar la rareza, la extravagancia, o el esnobismo; ni siquiera en utilizar nuevas o enigmáticas palabras con velados significados o con una siembra de trampas dialécticas y sofismas para acabar diciendo, acaso, lo que, bien o mal, ya han dicho otros anteriormente. Tampoco reside la originalidad en interpretar lo ya interpretado (libros

sobre libros) en un nefasto quehacer que tan lastimosamente invade una buena parte de la literatura jurídica actual.

La originalidad consiste, a menudo, en exponer, evitando tenuidades, una visión de conjunto que solo un espíritu sutil puede captar; quizá versa sobre lo que ya existe y se ha dicho, pero dando un nuevo giro, una nueva orientación. Enseña a mirar el cuadro y comprenderlo mejor, en lugar de entretenerte en estudiar y explicar la composición de los hilos que forman el lienzo. Es, la realizada en este discurso, una tarea propia de la dogmática jurídica en la que, junto a la sistematización e interpretación de las reglas legales, se ofrecen elaborados conceptos jurídicos.

El ámbito en que se desenvuelve el objeto del discurso es bien conocido por muchos: el proceso civil; los datos manejados son de fácil acceso: la ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia, la doctrina; todo eso existe y lo hemos leído anteriormente, pero su tratamiento en este discurso es propio de una fulgida mirada: innovador, creativo, inspirador para ver la teoría del proceso de otra manera y, en la práctica, ofrecer nuevos recursos para su eficaz utilización como instrumento de la justicia.

Porque teoría y práctica no son consideradas como realidades presupuestadas y dejadas a la intemperie para husmear superficialmente su existencia, sino para preguntarse por el sentido de ellas en la vida. Ni las normas, ni las sentencias, ni las teorías jurídicas construyen siempre la justicia. Por eso, es preciso que su estudio e interpretación sean objetivo primordial de una mirada reposada sobre la vida y de un discernimiento creador que no se distancia de la realidad, porque las verdades existenciales que interesan al Derecho las va obteniendo el jurista conforme obra (estudia y vive), en la medida en que camina junto a sus conciudadanos y ofrece no una verdad especulativa, sino una verdad existencial. Solo así es posible construir un *magnum opus*, como el que hoy pone el recipiendario en manos de nuestra Real Academia.

\* \* \* \* \*

El par: palabra-silencio, enunciado por el nuevo académico, resulta ser estimulante de copiosas reflexiones concernientes vigorosamente al proceso. Al principio de su discurso, refiriéndose al proceso, el recipiendario afirma: «*Solo la palabra desencadena su puesta en marcha y solo la palabra le pone fin...*». Y añade: «*Pero el proceso es también un territorio salpicado por el silencio*». Y ha separado, para tratarlo aquí, el tipo de silencio que denomina querido o descuidado, que guardan las partes cuando tienen la oportunidad de ser oídas o son

compelidas a decir lo que solo ellas pueden decir. Pero, en el final del discurso nos advierte que hay otros tipos de silencio.

La fecundidad de sus planteamientos: mostrada; la postrera advertencia formulada: expectante, sugieren una parva y modesta meditación sobre la función del silencio de las partes como fuerza motriz del proceso y, por su singular consideración, como medio de la garantía de la presencia de las dos partes en el proceso y de su defensa bilateral.

\* \* \* \*

Una sencilla mirada externa del proceso jurisdiccional ofrece una idea prística del efecto natural de la subsistencia, en sí, que emana de su propia naturaleza. La naturaleza de las cosas es aquello en lo que consisten. El término «proceso» está relacionado originariamente con movimiento. «*El proceso, en su aspecto externo, evoca ante todo la idea de orden: una sucesión ordenada de actuaciones. El orden proporciona no solo certidumbre, sino, sobre todo, ocasión para la realización de un determinado acto*», nos dice el recipiendario. Afirmación cardinal. El concepto de proceso jurisdiccional, como forma jurídicamente reglada de la protección del ordenamiento jurídico por el Estado mediante la conservación y actuación del derecho privado a través de la declaración, ejecución y aseguramiento de las relaciones jurídicas y derechos subjetivos privados, contiene una idea dinámica de algo que se mueve hacia determinado fin. Idea de algo que se va haciendo paulatinamente a través de etapas o fases sucesivas: cadena, serie o sucesión de actos coordinados al fin hacia el que tiende. (Gómez Orbaneja).

El proceso es sucesión de actos, actividad, movimiento, desarrollo en el tiempo. Nada que tenga que ver con la quietud o la detención en el tiempo. Porque, cuando el proceso se paraliza, por tiempo determinado, antes de llegar a su fin, naturalmente predisuelto, deja de ser útil, según su función; cesa su efecto propio: entra en crisis; consecuentemente deja de ser un proceso en *progreso* (del étimo indoeuropeo: *ghredh*: andar, marchar): no es posible su subsistencia; decimos que caduca la instancia (artículo 237 LEC). En las *Instituciones* de Gayo (Lib. IV, tit. XI, § 84, palimpsesto de la Biblioteca Capitular de Verona), respecto de los juicios seguidos entre ciudadanos romanos, leemos: «*Nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant*», según la *Lex Julia Judiciaria*. Hay un movimiento en el proceso incluso cuando las partes no hacen nada; mientras «corren» los plazos o en los llamados «tiempos muertos». Este curso del tiempo conduce al paso siguiente del proceso: hay en él movimiento.

El término técnico-procesal: «acción», que designa el acto inicial del ejercicio de la facultad de un sujeto consistente en pedir la concesión de la tutela

del juez, significa, en una acepción provisional que matizaremos posteriormente, la idea de un *agere* (del verbo latino *ago*: mover hacia delante, poner en movimiento, hacer avanzar); al cabo, el nacimiento, la subsistencia de la actuación; el trámite y la gestión. *Actio*, en sentido formal es el instrumento que abre las puertas al proceso (Iglesias). La acción es el acto motor del proceso determinando los límites dentro de los cuales el juez ha de conocer del objeto litigioso a él sometido (Calamandrei).

Sin embargo, cuando se aísla la significación de la palabra silencio y se busca cobijo para ella como entidad relevante en el trenzado de relaciones que compone el proceso, no es posible dejar de considerar, en un primer momento, su dificultosa inserción por la aparente paradoja que se da entre estos dos términos: de una parte, como hemos dicho, la estructura externa del proceso que se configura como una progresión y, de otra parte, la determinación del significante: silencio que, apto para un doble significado, anticipa semasiológicamente la idea común de la exclusión de una actividad: bien sea no hablar, bien sea no actuar, como advierte certeramente el recipiendario. Porque tanto en el latín (*silentium*: silencio, relacionada con el verbo *sileo*: guardar silencio) como en el griego clásico (ήσυχία, ας: silencio, vinculada con el verbo ήσυχάζω: estar inactivo), respectivamente, la misma raíz sirve para designar el silencio (abstención de sonido o de habla) y la ausencia de movimiento: *cuncta silent* (todo está en calma), en latín; ήσυχίαν ἀγείν (estar tranquilo, estar en silencio), en griego.

Ahora bien, el silencio, como entidad normativa, recibe en la ley procesal la consideración de todo lo contrario de lo que acabamos de decir; no tiene un significado pasivo, sino activo en una doble manifestación: silencio voluntario o silencio necesario. Reconocido como elemento activo del proceso tiene una eventual y específica eficacia afirmativa (*silentium videtur confessio*; Séneca, el Viejo, *Controversiae*. 10, 12, 6): equivale a la admisión tácita de los hechos; en definitiva, *ficta confessio* (*cum-fateor*, hablar con) de los hechos afirmados por una parte y no negados expresamente por la contraria, para tomarla en cuenta en el momento de decidir el asunto (art. 405.2 y 426.6 LEC), pudiendo ser reconocidos y considerados como ciertos (arts. 307.1 y 309.3 LEC): *qui tacet consentire videtur, ubi loqui potuit et debuit*. Bonifacio VIII, *Liber sextus*, 5,13,43).

Así, este es un silencio que genera activamente situaciones figuradas: representa algo (una admisión afirmativa, como declarada) que no se ha producido realmente en el proceso (*qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare*. Paulo, en *D. 50.17.142*). Dichas situaciones, que se originan por la pasividad de una parte que no habla, no oponiéndose expresamente, vienen

ligadas a una formalidad jurídica procedural por la cual, se obliga a una parte a pronunciarse sobre unos hechos alegados por la parte contraria, estableciendo el gravamen procesal de su aparente reconocimiento si no hay negación expresa de tales hechos; esta es una eficacia funcional que produce, en su caso, un beneficio presuntivo para el que alegó determinados hechos no negados por la parte contraria (artículos 304 y 307; 329.1, 405.2, 426.6.; 433.4 LEC). Puede, de esta manera, estimarse la eficacia activa de este silencio. Nos dice el profesor Herrero en su discurso, cómo paradójicamente, «*el silencio, a este respecto, se traduce en la opción por la gestión del procedimiento conforme a las reglas legales o las disposiciones acordadas por el tribunal que podrán ser objeto de contradicción por las partes*».

Y, como expresa acertadamente, «*la ley atribuye el significado y acota el margen del juzgador en la determinación de las consecuencias que hayan de anudarse a él*». Lo vemos, siguiendo su planteamiento en los distintos efectos del silencio y su incidencia en la fijación de los hechos, en las alegaciones, en el interrogatorio, en la actitud de ausencia, en la omisión de la información requerida y debida; en el silencio del demandado determinante de la fundamentación fáctica de la pretensión, en el silencio del demandante determinante del alcance de la pretensión, en los procesos de técnica monitoria.

Pero estas manifestaciones de la eficacia activa del silencio no pertenecen a la estructura sustancial y orgánica del proceso en general, según la noción propuesta al principio, sino al desarrollo concreto de algunos procesos en particular. Aún, el nuevo académico atisba, como hemos dicho antes, otros géneros de silencio registrados en el proceso: «*el silencio debido y quebrado, es decir, el que no se produjo cuando debió guardarse, y el silencio indebido, el que en modo alguno debió guardarse*». ¿Podríamos decir que todos estos son silencios funcionales que subvienen una necesidad de integración respecto de determinado acto?

Desde otra perspectiva, también el silencio tiene un sentido de eficacia activa, potenciadora del propio proceso, cuya consecuencia jurídica, aunque no está regulada expresamente en los preceptos de la ley, junto con la palabra, pertenece a la propia estructura del proceso, puesto que lo articula y construye; y lo mantiene subsistente en su progreso. Este no es un silencio querido o descuidado, sino impuesto y (*velis nolis*) exigido.

Afirma Pitágoras de Samos (ca. 567 a C.), citado por el poeta latino Marco Terencio Varrón (116-27 a. J.C.; *Sobre la lengua latina*, lib. VI, 11), que «los principios de todas las cosas se presentan de dos en dos, como finito e infinito, bueno y malo, vida y muerte, día y noche...» En el proceso encontramos estos dos principios pareados: la palabra y el silencio. El nuevo académico lo expresa

en feliz aforismo así: «*El proceso es un territorio atravesado por la palabra*» (...) «*es también un territorio salpicado por el silencio*».

Este silencio, que sigue a la palabra pronunciada efectivamente, o que la antecede, se define como elemento de la configuración estructural del proceso; se halla en todos los procesos en los que hay dos partes. El silencio es símbolo de lo venidero; permite la sucesión de sonidos (palabras) oídos distinguidamente; convierte la algarabía en diálogo: permite el progreso de las diversas fases del proceso. Este es el silencio que necesariamente debe guardar (*praestolari cum silentio*) quien ya ha hablado para que la otra parte procesal pueda pronunciar su alegato (palabra) o realizar su acto avanzando el trámite. Pero esto no muestra una conclusión ingeniosamente traída, a la fuerza, a nuestra especulación. Ni tampoco connota querer construir una teoría sobre amables coincidencias y retóricos argumentos desprovistos de fundamento.

La palabra y el silencio se presentan como un par orgánico del proceso contradictorio. Revela innegable interés para nuestra reflexión, la consideración propuesta por la romanística alemana sobre el significado del fonema *actio* en las primitivas fuentes jurídicas del proceso civil romano (Gayo, *Instituciones*). Se ha determinado como posible significado etimológico de la palabra *agere* no solo actuar, como hemos visto y dejado provisionalmente, sino hablar, puesto que en latín habrían existido dos antiguos verbos con la raíz *ag* que se diferenciaban parcialmente en la conjugación: *agere*: hablar; y *agere*: actuar (Manthe (*Agere und aio: Sprechakttheorie und Legislaktionen, Iurisprudentia universalis*, Böhlau, 2002, p. 438 ss)). *Agere* de *ago* es expresar con palabras o gestos. En la literatura latina se hallan algunas expresiones que contienen el término: *agere* en el sentido de hablar y no en el de actuar: *sic ageres*: así hablarías (Cicerón, *De claris oratoribus*, 278:); *gratias agere*, es dar las gracias (Cicerón, *Filípicas*, Segunda, 13, 25; Novena, 1; Décima, 1; *Lelius de amicitia*, 98); y *versus agere*, es tratar con (Cicerón, *Lelius de amicitia*, 96); *mecum agere*, es tratar conmigo (*Lelius*, 4); *cum tecum agere*, es tratar contigo (*Lelius*, 16); *coepi secus agere*, es habiendo comenzado a tratar la cuestión (Cicerón, *De natura deorum*, lib. II, cap. 9); asimismo en otros lugares, *laudes agere*, *tragoediam agere*, *augurium agere*.

En el lenguaje jurídico: *agere causam*, es defender una causa (Cicerón, *Filípicas*, Octava, 22); *pro aliquo agere*, hablar en defensa de alguno (Cicerón, *Filípicas*, Duodécima, 4); *argumentis agere*, defender con pruebas; *agere ut iure damnatus*, justificar la condena (Cicerón, *Filípicas*, Decimotercera, 25); *lege agere*, entablar un proceso en toda regla: «afirmar por medio de una fórmula oral»; *causas agere desisterem*: apartarse de las causas (Cicerón, *De claris oratoribus*, 314).

*Actio* significó, en el antiguo proceso romano, actuación verbal *in iure* para instaurar el *iudicium (legitimum)*; *legis actio*, por tanto, no sería acción (actuación) legal, sino palabra legal: pronunciamiento de la fórmula oral legítima, prevista por la ley (Fuenteseca Degeneffe). *Lege agere* era actuar por medio de una *lex*, esto es mediante el pronunciamiento de los *certa verba*: según determinadas palabras o ritos solemnes. (Fernández Barreiro y Paricio).

El proceso civil, como dice el nuevo académico —«solo la palabra desencadena su puesta en marcha»—, se inicia mediante el pronunciamiento de la palabra: «el juicio principiará por demanda, en la que, (...) se “expondrán” (...) los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida» (art. 399.1 LEC). Sin palabra voluntariamente expresada por el actor, de forma explícita y concreta, no se incoa el proceso: *invitus agere vel acusare nemo cogitur* (Código, 3,7,1; v. Ulpiano. D. 50.17.156 pr): nadie es obligado contra su voluntad a demandar o acusar: «a proponer su acción» (STS 1<sup>a</sup>, nº 195/1984, de 28 de marzo). Hasta ese momento de la pronunciación de la palabra no existe el proceso. Solo el que ejerce una acción, mediante la demanda, (en la que «dice» algo) pone en marcha el proceso. En el proceso civil moderno puede decirse que sin acción no hay proceso: *nullo iudex sine actore*. De igual manera ocurre en el proceso penal respecto del cual la jurisprudencia sostiene que es necesaria una acusación distinta de la del juez no solo para imponer una condena, sino también para abrir el juicio oral (SSTS 18 febrero de 2003 y 24 de junio de 2003). Pero este último no es un asunto del que debamos ocuparnos ahora.

Cuando la palabra, oral o escrita, formulada en la demanda, ejercitando la acción, introduce en el mundo jurídico la concreta y determinada realidad de cada proceso, se define un área que configura el ámbito de la actuación humana con efectos jurídicos para quienes están interesados directamente y relacionados con esa actividad. Son los límites y el cauce de la actuación determinados por la forma que es algo más que el trámite, aunque aquella incluye a este. La forma no es un juego, sino un guardián de la libertad (VON IHERING, R., *El espíritu del Derecho romano en sus diferentes etapas de desarrollo*).

La ley ordinaria, además, atribuye poderes al juez para mantener y hacer respetar el equilibrio resultante del par palabra-silencio, que garantiza la posibilidad de subsistir y progresar el proceso. La ley de Enjuiciamiento Civil establece los espacios y los momentos en que las partes tienen que oírse, guardando respectivamente silencio una, mientras habla otra. Señala objetivamente espacios, determinando que el trámite se despachará: con audiencia de los contendientes (arts. 38.1, 60.1 y 2; 134.2), ordenando dar subjetivamente audiencia a las partes para

formular alegaciones (arts. 83.1 y 4, 298.4, 540.3, 552.1.II). También dispone la supresión de ese espacio, cuando, por no ser necesario o conveniente, para dictar una resolución, no procede oír a alguno de los contendientes: (arts. 298.5, 733.2, 778 *quinquies*.8.).

Ciertamente esta regulación de la audiencia está encaminada a que sea el juez el que oiga a las partes (arts. 22, 48, 137, 138, 147, 255, 419, 423, 426, 427), con el fin de que pueda dictar una sentencia justa, pero también tiene que ver con la audiencia de los litigantes entre sí. Para ello, el juez (o LAJ) dirige el debate (art. 186.I), establece y concede el turno de la palabra (art. 447.1), garantiza que entre los litigantes no se vulnere el silencio exigido respectivamente atravesándose por uno la palabra del otro, (art. 306.2); puede incluso llegar a ordenar el silencio a quien abusa de la palabra, retirándole su uso (art. 186.2º). Se ordena el avance y progreso del proceso.

\* \* \* \* \*

Las anteriores consideraciones manifiestan que las ideas expuestas responden a un aspecto concreto de la realidad: la garantía del ritmo y avance del proceso. Pero, por otra parte, conocida la regla que disciplina la cadencia determinante y cuantificadora del curso procesal por la acción alternante de sus elementos dinámicos: palabra y silencio, conviene ponderar, de nuevo ahora, con otro designio la realidad del proceso para poder escrutar cómo el silencio, perteneciendo a su propia estructura, es garantía de la presencia de las dos partes en aquel. El silencio es una condición de la alteridad.

Esta última frase no representa una mera locución enfática, sino que es también expresión de la economía universal de la raíz determinante del propio ser del proceso. Muchas definiciones sobre la naturaleza del proceso han nutrido tradicionalmente, en otro tiempo, las memorias de las oposiciones a cátedra de Derecho Procesal para explicar la determinación de la naturaleza del proceso que es, como hemos expresado al principio, tanto como decir en qué consiste el proceso.

Una sucesiva formulación doctrinal, añadida posteriormente, sobre la naturaleza jurídica del proceso ha tratado de mejorar, mediante cada definición, la anterior explicación del fenómeno (efecto) jurídico que se experimenta en él. El intento se parece al de poner la estructura del proceso en el centro de un equívoco círculo en cuya periferia se ofrece el molde de diversas realidades jurídicas bien definidas por la doctrina para compararlas con ellas: contrato, quasi contrato, relación jurídica, situación jurídica, institución jurídica, para alcanzar la mejor explicación, llegándose a la conclusión de que su naturaleza solo se puede

«captar», formulando un concepto (*cum-capio*) propio y autónomo, al margen de otros propuestos doctrinalmente para determinar y explicar otras realidades y experiencias jurídicas del derecho privado o, incluso, del derecho público. No es nuestro propósito involucrarnos en un discernimiento sobre cuál de las teorías, escuetamente enunciadas, explica mejor la naturaleza del proceso. Aquí hallamos alguna dificultad. Las naturalezas no son explicables siempre; las naturalezas, primordialmente, son. Hay materialidades que se describen mejor que se definen.

Por eso, a los efectos de esta reflexión, ninguna de esas definiciones conceptuales apuntadas sobre el proceso es más adecuada que una meramente descriptiva y resultante de mirar el exterior del proceso, quizá ingenuamente, pero no sin compromiso, que, desde mis tiempos de estudiante me atrajo por la simplicidad (no simpleza) elocuente de lo genuino. Bulgari (*Summa de iudiciis*, § 9) propone la definición del proceso diciendo: «*Judicium accipitur actus ad minus trium personarum, actoris intendentis [intentionis], rei intentionem evitantis, judicis in medio cognoscentis*».

Simplificadamente, proceso es: *actus...trium personarum*. Habla de personas; en el proceso existen personas. Pero hay algo más en esta enunciación. El grupo semántico preposicional formado por: «*acto de tres personas*», denota una noción que afecta a alguien, una significación de agente, en la que el sustantivo *actus* no solo es determinado eventualmente por el *trium personarum* como genitivo subjetivo: pertenencia (el acto pertenece a tres personas), sino como genitivo epexegetico, señalando la existencia de relaciones *de* las tres personas *entre sí*: funcionamiento (el acto es generado y desarrollado por —es cosa, asunto de— tres personas). El fenómeno jurídico proceso (*actus*) se desarrolla por medio de la actuación de las tres personas que en él intervienen.

Y, según parece, esta definición sirve al objeto de abrir la puerta para establecer una relación intensa entre la palabra y el silencio en el proceso. Porque, seguidamente el glosador describe (no define conceptos) qué hace cada uno de los sujetos, ahí enunciados, dentro del proceso. Muestra a los interesados; y señala cuáles son sus intereses. Estas circunstancias nos entregan limpias las claves de su necesaria participación en el proceso.

Por un lado, encontramos configurada la posición del actor y su iniciativa expresada por la palabra que pronuncia (*dicens*): *Actor est, qui persequitur aliquid principaliter, dicens rem suam, vel personam sibi obligatam ad aliquid dandum vel faciendum* (§ 4). Por otro lado, hallamos determinada la actividad del demandado también expresada por medio de la palabra que pronuncie (*dicatur*): *Reus est is, adversus quem intenditur, quia possidere vel debere dicatur* (§ 4). A

las dos partes se les representa bajo la imagen de quien usa la palabra (*dicens*, *dicatur*); ambas tienen (deben tener) la oportunidad de decir lo que a su derecho e interés conviene. Esto justifica su relación.

Sin embargo, entre ambas representaciones hay una diferencia fundamental, respectiva al tiempo en que se produce cada una de estas acciones. *Actor est qui (...) dicens. Reus est is (...) quia dicatur*. Si prestamos atención a los dos modos en que se escribe el verbo *dico*: participio de presente y presente de subjuntivo, respectivamente, alcanzamos el sentido distinto de los enunciados descriptivos de la glosa examinada. Primeramente, *dicens* (el que dice, dicente) designa una situación actual. El actor «dice» actualmente, al formular la demanda: *rem suam, vel personam sibi obligatam ad aliquid dandum vel faciendum*. Así se afirma su presencia en el proceso.

La fórmula pormenorizada —en modo subjuntivo— de la actividad del demandado: *dicatur*, no expresa una situación presente sino venidera: «diga», que aún no se ha producido, pero que será posible (*rectius!*: necesaria) por el silencio impuesto al actor. Para el demandado, al conocer la existencia de la demanda formulada contra él, la garantía del momento actual es aquello que se anuncia y asegura como venidero. El demandado podrá intervenir (normativamente) al contestar a la demanda, una vez que el actor ya ha dicho su palabra (art.404 LEC).

En el proceso se abre un diálogo entre las partes y de estas con el juez. En el silencio del juez reside el fundamento del diálogo de las partes; consecuentemente, su imparcialidad. Y tal diálogo entre las partes se articula, como hemos indicado anteriormente, por medio de la palabra y el silencio. Se ha dicho que en el aire viven la música y el silencio; y no pueden existir sin unirse una y el otro. En el diálogo es lo mismo. El primer requisito del diálogo entre dos personas es el silencio. Sin silencio no es posible dialogar. Lo otro es, como hemos dicho anteriormente, algarabía, bullicio, confusión y desorden: en el proceso, vulneración de la forma.

En un aspecto primordial, podemos apreciar, además, que la palabra (oral o escrita) y el silencio son en el proceso, en cuanto constitutivos de la forma, un requisito, que, como hemos dicho en otra ocasión, es necesaria tanto para el ejercicio de la función jurisdiccional como para la seguridad y la garantía de los derechos de los litigantes. Aquí la forma garantiza la presencia efectiva (no solo física) de los litigantes.

Es aceptado por los romanistas que el primer procedimiento nacido propiamente *ex lege publica* (procesal) sería *la legis actio per condicioneum*, introducida por dos leyes: *Silia* y *Calpurnia*. *Condicioneum* de *condicere*, para Lévi-Bruhl

está compuesto por *dicere* y el prefijo *cum* (hablar con) que se refería sin duda en la época arcaica a un intercambio de palabras. A este autor le parece posible que la «condición» se hubiese realizado por medio de un diálogo entre los litigantes.

Decir *condicere* (*condico*: concertarse con) es querer decir: concertar mutuamente una cita; fijar de común acuerdo una fecha (*conductus die*) para hablar. ¿Sobre qué? En la *conductio* el actor propone directamente al adversario la invitación de encontrarse al trigésimo día ante el tribunal para elegir juez, facilitándose quizás el arreglo de la controversia mediante el cumplimiento, la remisión o la transacción (Kaser/Hackl (*Das römische Zivilprozessrecht*, p. 112). Y, si el negocio procesal quedara inacabado en esta cita, la voluntad de mantenerla viva queda reforzada con juramento: *Qui autem in ius vocatus fuerat... no eo die fini- verit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat para volver a comparecer tal día (Gayo, *Instituciones*, lib. IV, tit. XI, § 103).*

La *in jus vocatio*, contempla al actor (*in jus vocat actor, et non reus*): *in jus vocare*, y también al demandado: *ad jus vocare*, con esta bilateral finalidad: *possit jus dicere inter vocantem et vocatum* (Damaso. *De in jus vocando*, Tit. 11).

Por eso, es del todo preciso que, en el proceso, se dé al demandado (*is*) la oportunidad de hablar: *quia dicatur* (para que diga). Conviniendo que al demandante (*dicens*), ya, en tiempo presente, le escucha el juez, es necesario que seguidamente (*et*) «también» oiga al demandado: *audiatur «et» altera pars*: óigase [hablar] también a la otra parte. El *Digesto* (48,17,1) recoge la sentencia de Marciiano explicando el motivo que se aloja en el fundamento de este imperioso enunciado normativo: *neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*. La, más que conveniente, necesaria oportunidad de oír a las partes es una razón técnica, pero también ética: pues la «razón de equidad» no tolera una condena contra quien no ha sido oído. *Cuique defensio tribuenda*: a todos se les debe dar el derecho a defenderse (Tácito. *Anales*, 13, 20).

Para poder cumplir este mandato adecuadamente es preciso que a la palabra del demandante siga el silencio de este para que pueda hablar el demandado. Solo así se puede oír efectivamente al demandado; el silencio es garantía del reconocimiento de su presencia. Y, una vez terminada la locución del demandado, este debe proceder como se ha impuesto al actor, porque al formular la *exceptio* se comporta como actor: *reus excipiendo fit actor* (Ulpiano, *Dig.* 44,1,1). «*El anuncio al que sigue el silencio antes de dar cuenta de lo anunciado acrecienta la expectativa, reclama la atención, potencia la escucha*», afirma el recipiendario. El silencio, concluye diciendo: «*capta y mantiene la atención de quien lo escucha, alumbría intensamente la palabra a la que acompaña*».

Ahora bien, nuestra reflexión no pretende introducir en este discurso un apunte liviano y pretendidamente erudito (de ninguna manera, estudio profundo, siquiera) de arqueología jurídica; ni tampoco, en un insoportable ejercicio de anacrónia, introducir una suerte de «presentismo» histórico entretejiendo el pasado con paradigmas actuales (Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962), porque no pretendemos abordar un análisis de las representaciones jurídico-históricas romanas, desviado en sus resultados por adoptar en su examen las perspectivas políticas y jurídicas abiertas en el constitucionalismo desde el siglo XIX o en las modernas declaraciones de los derechos humanos, en las leyes orgánicas o procesales ordinarias establecidas desde la codificación o en la normativa comunitaria. Tampoco buscamos ofrecer una recopilación rebuscada de piezas normativas que contienen alguna expresión referida a la palabra y, explícita o implícitamente, al silencio, ensartando listas de preceptos «descubiertos» en una lectura exhaustiva de la ley de Enjuiciamiento Civil.

El propósito que anima esta consideración es distinto. Mira a poner de relieve el fundamento del sentido adversarial del proceso mediante la palabra y el silencio. En todo proceso contienen dos intereses contrapuestos (Wach): hay un contradictorio. Si las tensiones internas del proceso garantizan su unidad, también los contrastes —no siempre, por necesidad, las contradicciones— de las posiciones de los contendientes, expuestas ordenadamente, cohesionan su naturaleza. La oferta del diálogo procesal (palabra y silencio) es la garantía de la participación y defensa de ambas partes. Veamos esto con cierto detenimiento.

«El juicio principiará por demanda» (art. 399 LEC). La preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos (art. 400 LEC) impone al demandante el silencio. Una excepción, a este tiempo del silencio tasado, se establece al permitirle que, después de formulada la demanda, pueda acumular nuevas acciones «antes de la contestación» (art. 401.2 LEC).

«En la contestación a la demanda (...), de igual manera, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor (...)» o su allanamiento (art. 405.1 LEC). Esta actuación permite integrar el objeto del debate suministrando todas las «razones parciales», de ambos contendientes, dirigidas a quien ha de juzgar. Al actor: «No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda» (art. 401.1 LEC). El demandado: después de su contestación no «podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen» (art. 406.1 LEC).

Ni siquiera la oportunidad, ofrecida en la audiencia previa, de efectuar alegaciones complementarias, aclarar las hechas o rectificar extremos secundarios

de sus pretensiones iniciales, quiebra el equilibrio de la correspondencia entre palabra y silencio observados en los trámites anteriores, porque unas u otras no podrán «alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de estas expuestas en sus escritos» (art. 426.1 y 2 LEC). Solo se podrá añadir alguna pretensión accesoria o complementaria de las formuladas en los respectivos escritos «si la parte contraria se muestra conforme» sin impedir «a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad» (art. 426.3 LEC). No se admite una palabra nueva (*novum*) que no vaya seguida del silencio para que la parte adversa pueda hablar sobre aquella, siendo también oída. Al cabo, se postula la imposibilidad de realizar actos procesales fuera del tiempo legalmente determinado para cada parte.

El diálogo procesal entre las partes es una ilustración paradigmática y visible del fundamento del proceso civil moderno. Principalmente la palabra y el silencio, distribuidos como poderes y deberes procesales de las partes, organizan el perfecto equilibrio de ambas dentro del proceso (Carnelutti, *Diritto e processo*). El silencio alienta, a lo largo de todo el proceso, la presencia y existencia de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de las partes que se oponen entre sí.

Situadas en una relación de recíproca y simétrica paridad, las dos partes están en condiciones de igualdad para participar con las mismas armas y tener las mismas oportunidades en la colaboración parcial con el juez imparcial para que este forme su juicio pleno y acabado sobre la controversia. Igualdad (art. 14 CE) y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): proceso justo. Tutela del contradictorio.

Esta situación de correspondencia, entre la palabra y el silencio, propia del diálogo, sin disyunción excluyente de uno de estos dos elementos, se define en el proceso aforísticamente como expresión condensada del principio de audiencia: *audiatur et altera pars*, con carácter de orden preceptiva, para que se cumpla.

Pero para que pueda oírse a alguien es necesario algo más que escucharle. *Audiatur*, preconiza algo más que la práctica de un acto auditivo o intelectual. Significa la imposición y exigencia de un compromiso y un deber de tener presente, de forma efectiva, al otro litigante: garantizar el contraste, la colaboración, el equilibrio; reconocer a la otra parte como titular de sus derechos fundamentales, expresión de su dignidad como persona y dejárselos ejercer en el proceso. En definitiva, «poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos» (SSTC 19/2004, de 23 de febrero; 128/2005, de 23 de mayo; 111/2006, de 5 de abril; y 84/2008, de 21 de julio).

Esta presencia efectiva debe ser protegida para que pueda garantizarse en el proceso precisamente desde su mismo inicio, correspondiendo «también al órgano judicial la salvaguarda de la garantía de la comunicación personal en el emplazamiento» debiendo «desplegar un específico deber de vigilancia, el cual reviste mayor intensidad cuando (...) “el fin del acto de comunicación sea justamente poner en conocimiento de su destinatario que contra él se han iniciado ciertas actuaciones judiciales”» (STC 113/2001, de 7 de mayo; STC 126/2006, de 24 de abril y STC 158/2008, de 24 de noviembre).

«El derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 C.E. comporta que en todo proceso deba respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos» (STC 175/1994, de 7 de junio).

\* \* \* \* \*

Lejos de significar la palabra y el silencio dos cosas incompatibles, ambas se implican, formando el contraste. Palabra y silencio son dos elementos que se excluyen uno al otro y permanecen, sin embargo, vinculados mutuamente en el proceso, incluyéndose. En este contraste, la palabra excluye al silencio y este excluye a aquella, pero ambos se incluyen en una relación funcional, orgánica y estructural que configura la subsistencia y desarrollo contradictorio del proceso con una misma finalidad: discernir razones, pruebas y conclusiones; al cabo, para ser instrumento idóneo de la justicia jurídica.

*Omnia tempus habent et momentum suum cuique negotio: (...) tempus tacendi et tempus loquendi* (Qo 3, 1 y 7). Palabra y silencio, advertidos y configurados en el proceso, tienen su momento propio para desplegar su eficacia: en el proceso hay un tiempo para hablar y un tiempo para callar. La tipología de los silencios procesales de las partes es amplia y variada con manifestaciones y consecuencias jurídicas diversas.

Esta idea de la utilidad y vigor eficaz del silencio de las partes en el proceso podríamos verla expresada simbólica y artísticamente en estos versos de Virgilio en la *Eneida* (lib. III, 112-113): *Hinc [vallibus imis] fida silentia sacrif / et iuncti currum dominae subiere leones* («...de allí [lo profundo de los valles] los fieles silencios de los misterios y los leones vinieron uncidos al carro de su dueña» [Cibeles]). Los silencios uncidos también forman parte del tiro vigoroso del carro de Cibeles haciéndolo avanzar. Bella imagen bien conocida en la iconografía de la mitología grecolatina. También por el silencio de las partes se hace posible la natural subsistencia contradictoria y el avance (*gradior*) del proceso: *Dum medium silentium fieret.*

Así también se ha entretejido esta contestación, incoada, al leer el discurso del recipiendario, en un silencio reflexivo antecedente; y propuesta ahora como palabra dirigida a él, en nombre de los demás académicos de esta corporación, mientras él permanece en silencio, y así poder iniciar un diálogo que, como en el proceso civil, también da vigor a la subsistencia de esta Real Academia, deseando que la suya sea una larga, continuada y fructífera labor.

# **CONFERENCIAS**



# **EL CONFLICTO DE UCRANIA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO**

Conferencia pronunciada el día 18 de marzo de 2024

Por el Excmo. Sr. Dr. D. Dr. Antonio Blanc Altemir.

Académico de Número

## **I. INTRODUCCIÓN**

Contra todo pronóstico, la invasión rusa de Ucrania está siendo mucho más duradera y costosa para el Ejército ruso de lo que en principio se podía prever. Sin quitar un ápice de mérito a la heroica resistencia ucraniana, es cierto que ésta no hubiera llegado tan lejos sin la ayuda de Estados Unidos y de la Unión Europea (UE). Sin embargo y al margen de cómo evolucione el conflicto en el campo de batalla y de cómo termine, la agresión rusa a Ucrania ha menoscabado el orden internacional existente desde la Segunda Guerra Mundial, violando los pilares y principios estructurales del Derecho internacional y de la Carta de las Naciones Unidas.

Las justificaciones alegadas por Rusia para dicha invasión son débiles y no se sostienen desde un punto de vista jurídico: ni la pretendida “desnazificación” de Ucrania, ni el argumento de que el Ejército ucraniano estaba llevando a cabo un genocidio de las poblaciones prorrusas en las zonas controladas todavía por Ucrania en el Dombás, ni la perspectiva inmediata de una adhesión de dicho país a la OTAN, pueden justificar de ningún modo un acto de agresión tan brutal contra la integridad territorial de un Estado soberano e independiente como Ucrania. Es cierto que el origen de este conflicto se encuentra en el año 2014, con la anexión de Crimea y el inicio de la guerra en el Dombás que antes del inicio de la invasión el pasado 24 de febrero ya había causado alrededor de 15.000 muertos, decenas de miles de heridos y un millón y medio de refugiados, pero la dimensión

de la invasión rusa a gran escala iniciada el 24 de febrero de 2022 supera muy ampliamente el alcance y las consecuencias de aquélla.

Rusia ha dado muestras de que no está dispuesta a renunciar a su zona de influencia en el territorio exsoviético y que su determinación de preservarla libre de las influencias occidentales pasa incluso por el uso de la fuerza, aunque para ello tenga que soportar las sanciones económicas y las presiones políticas de Estados Unidos y de la UE. Así quedó patente en el verano de 2008 con la intervención rusa en Georgia que terminó con la proclamación de la independencia de Osetia del Sur y de Abjasia, bajo el patrocinio ruso<sup>1</sup>. El actual conflicto de Ucrania es sin lugar a dudas más complejo<sup>2</sup> pero hunde igualmente sus raíces en las también complejas relaciones que dicho país ha mantenido con su vecino ruso desde la desaparición de la Unión Soviética, y que ha tenido manifestaciones puntuales y explícitas como el contencioso por la península de Crimea o por el reparto de la flota del Mar Negro<sup>3</sup>, así como las iniciales resistencias de Ucrania a suscribir la Carta Fundacional de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) o el Tratado de seguridad colectiva, temerosa de que la creación de estructuras supranacionales pudiera limitar su soberanía, teniendo en cuenta la hegemonía rusa.

Sin embargo, la invasión rusa de Ucrania ha provocado una serie de efectos “colaterales”, quizás no totalmente previstos o al menos no calibrados en toda su intensidad por el Kremlin. Nos referimos al reforzamiento de la identidad nacional de Ucrania, y, por otra parte, de la autonomía estratégica de la UE en sus múltiples dimensiones, en especial pero no exclusivamente, la defensa y la energía<sup>(4)</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. BLANC ALTEMIR, A.: “El conflicto entre Georgia y Rusia, un año después (a propósito del Informe Tagliavini)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009-2, pp. 556-566. BLANC ALTEMIR, A.: “El conflicto ruso-georgiano y sus efectos en las relaciones de la Federación Rusa con la OTAN y la UE”, en López-Jacoíste, E. (Coord.): *Seguridad, Defensa y Desarrollo en el contexto internacional actual*. Eunsa, Pamplona, 2010, pp. 265-308.

<sup>2</sup> Sobre el origen, desarrollo y evolución de dicho conflicto en su primera fase, pueden verse, entre otros, GRANHOLM, N.; MALMINEN, J.; PERSSON, G. (Eds.): *A Rude Awakening. Ramifications of Russian Aggression Towards Ukraine*. FOI, Stockholm, 2014; BISMUTH, R.: “La crise ukrainienne et le droit international. Odyssée dans le *conundrum* des réactions décentralisées à l’illécite”. *Journal du Droit International Clunet*, Juillet-Aôut-Septembre 2014, n° 3/2014, pp. 719-731; RUIZ GONZÁLEZ, F.J.: “Ucrania: revolución y Guerra civil. Una visión alternativa de la crisis. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*. Documento Marco, 19/2014, 13 de noviembre de 2014.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión cfr. BLANC ALTEMIR, A.: *Conflictos territoriales, interétnicos y nacionales en los Estados surgidos de la antigua Unión Soviética*, Tirant lo Blanch, 2003., pp. 47-70

<sup>4</sup> *Vid.* en este sentido BLANC ALTEMIR, A.:“El reforzamiento de la identidad nacional ucraniana

El presidente ruso creyó que la “operación militar especial” sería poco menos que un paseo militar y que la población ucraniana recibiría al Ejército ruso como un auténtico libertador. Ello provocaría la caída del régimen prooccidental de Zelenski, la rápida toma de la capital, Kiev, y la instauración de un régimen prorruso en el país. Sin embargo y muy al contrario, la invasión ha provocado un reforzamiento de la identidad nacional ucraniana en todo el país, sin ignorar que también ha reforzado el sentimiento prorruso de una parte de la población de las regiones de Donetsk y Lugansk, que ya estaban desde 2014 bajo control de las milicias prorrusas con la ayuda del Ejército ruso.

La identidad nacional ucraniana ya existía con anterioridad a la agresión, muy a pesar de Rusia, pero sin duda aquella la ha potenciado de forma muy apreciable en la mayor parte del país. Existen algunos hechos históricos objetivos que demostrarían la existencia de dicha identidad en el último siglo, por supuesto sin adentrarnos en las procelosas aguas de la historia anterior a dichas fechas.

Ucrania (Ver mapas n.º 1 y 2 del Anexo) estuvo presente tanto en el momento de la creación de la URSS como en el momento de su extinción, lo cual determina una posición indiscutible y definida en esos momentos de tanta trascendencia histórica. En efecto, el 30 de diciembre de 1922 fue creada la URSS a través del Tratado de la Unión, cuyos signatarios fueron Rusia, Ucrania, Bielorrusia y la Federación de Transcaucasia. Asimismo, y casi setenta años más tarde, Ucrania estuvo presente en la cumbre de Minsk, de 8 de diciembre de 1991, junto a Rusia y Bielorrusia, en la que se firmó el Convenio sobre la creación de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), que debería establecer las bases de la nueva estructura que sucedería a la Unión Soviética, una vez descartada definitivamente su continuidad<sup>5</sup>.

El objeto del presente trabajo es analizar, en primer lugar, el origen y la evolución del conflicto hasta el momento actual, en segundo lugar, la respuesta de la comunidad internacional ante la agresión rusa y, finalmente, las posibles soluciones al conflicto ante la llegada de Donald Trump a la presidencia de Estados Unidos tras su victoria en las elecciones del pasado 5 de noviembre de 2024.

---

y de la autonomía estratégica de la Unión Europea: dos efectos ‘colaterales’ de la agresión rusa a Ucrania”, en Aldecoa, F.; González, L.N. (Eds.): *La Unión Europea frente a la agresión rusa a Ucrania*. Los Libros de la Catarata/ Consejo Federal Español del Movimiento Europeo, 2022, pp. 291-305.

<sup>5</sup> Sobre la creación, objetivos, naturaleza jurídica y miembros, así como sobre la evolución de la CEI y los problemas derivados de la sucesión de Estados de la antigua URSS, *vid.* BLANC ALTEMIR, A.: *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*. Tecnos, Madrid, 2004.

## **II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONFLICTO: DEL EUROMAIDÁN A LA INVASIÓN A GRAN ESCALA DE UCRANIA**

### **1. Del Maidán a la anexión de Crimea, el conflicto del Dombás y la invasión rusa de Ucrania**

Al margen de los frecuentes desencuentros en las relaciones ruso-ucranianas tras la extinción de la URSS, que tuvieron su punto culminante en la cuestión de Crimea y el reparto de la flota del Mar Negro, una de las claves del desencadenamiento del actual conflicto de Ucrania hay que buscarla en el período transcurrido entre el 29 de agosto y el 21 de noviembre de 2013. Tras convencerse la UE de la ambición europea de Ucrania y en particular de que dicho país cumpliría con las condiciones para el Acuerdo de Asociación que debería firmarse en la Cumbre de la Asociación Oriental a celebrar en Vilnius en noviembre de 2013, el calendario hacia la senda europea estaba trazado, pero el 21 de noviembre el Gobierno ucraniano decidió suspender las negociaciones con la UE para la firma del Acuerdo de Asociación, optando por la integración en la Unión Euroasiática promovida por Rusia. Sin lugar a dudas Ucrania era una pieza clave para el proyecto de Unión Euroasiática promovida por el presidente ruso Vladimir Putin a partir de la Unión Aduanera entre la propia Rusia, Bielorrusia y Kazajistán, y del Espacio Económico Común, en vigor desde el 1 de enero de 2012. Junto a la incorporación de otros miembros del Cáucaso, como Armenia, o de Asia Central, como Kirguizistán y Tayikistán, la participación de Ucrania en el proyecto era fundamental para Rusia.

La deriva de los acontecimientos y el deterioro de la situación, que produjo decenas de muertos y heridos en las calles de Kiev, motivó un endurecimiento del discurso de la UE que condenó firmemente el recurso a la violencia y exigió al presidente Yanukóvich y a las autoridades ucranianas, a quienes consideró máximos responsables de la situación, el respeto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, de los que Ucrania formaba parte, y a iniciar un diálogo con la oposición para dar respuesta a las aspiraciones democráticas del pueblo ucraniano.

La huida y posterior destitución del presidente Yanukóvich y el cambio político que esta situación propició en Ucrania, reconocido rápidamente por la UE pero considerada por Rusia como un golpe de Estado, abrió una nueva fase que se caracterizó por la declaración de independencia y posterior anexión de Crimea a Rusia, así como por el inicio de la rebelión en el Este de Ucrania (Ver mapa n.<sup>o</sup>

3 del Anexo), que derivaría en un conflicto armado en toda regla y en la posterior adopción de sanciones más contundentes contra Rusia.

Los sucesivos acuerdos de Minsk no lograron desactivar el conflicto llegando éste a momentos de gran intensidad en el Este del país provocando desde su inicio alrededor de 15.000 muertos, como ya ha quedado dicho. Sin duda el conflicto se cronificó provocando crímenes de guerra contra la población civil por ambas partes contendientes y sin que ninguno de los intentos por superar la situación haya fructificado durante estos años, derivando en la anomalía de mantener un conflicto abierto durante ocho años en territorio europeo, situación que no se producía desde las guerras balcánicas de la última década del pasado siglo.

Y así llegamos al 24 de febrero de 2022 en que se inició la invasión rusa a gran escala de Ucrania tras unos meses de tensión provocada por la acumulación masiva de recursos militares en la frontera rusa y bielorrusa con dicho país. Como ya hemos apuntado, los desencuentros entre las dos exrepúblicas soviéticas más importantes se manifestaron de forma muy clara desde la desaparición de la URSS en 1991. En efecto, la desconfianza de Ucrania frente a su gran vecino del Este siempre estuvo presente por temor a que la preponderancia rusa acabara imponiéndose a los intereses del nuevo Estado ucraniano. Las presiones rusas por instalar regímenes prorrusos en Kiev, utilizando el arma energética así como también la enorme deuda ucraniana, han sido constantes desde la extinción de la URSS. Sin embargo, todo ello no ha sido suficiente para frenar la tendencia prooccidental y europea de Ucrania desde la caída de Yanukóvich en 2014, por lo que Rusia no ha dudado en utilizar la fuerza por primera vez en estos treinta años de existencia del Estado ucraniano, lanzando una guerra de agresión sin precedentes en clara violación del Derecho internacional y amenazando el orden internacional instalado desde la Segunda Guerra Mundial.

## 2. La evolución de las operaciones militares. La situación actual del conflicto (Diciembre de 2024)

A pesar de que Estados Unidos y sus aliados creyeron al principio de la invasión rusa, que Ucrania resistiría tan sólo unos días<sup>6</sup> y que Rusia remataría rápidamente

---

<sup>6</sup> El presidente ucraniano recibió presiones de sus aliados occidentales en los primeros días de la guerra para que abandonara Ucrania. En la Conferencia de Seguridad de Munich, celebrada tan sólo unos días antes de la invasión, la vicepresidenta norteamericana Kamala Harris le comentó en privado a Zelenski que organizara un Gobierno en el exilio y preparara una guerra de guerrillas contra la ocupación rusa. Otros líderes occidentales presentes, incluso le recomendaron no

mente la tarea iniciada en 2014 con la anexión de Crimea, deponiendo a Zelenski y colocando en su lugar a un títere próximo a sus intereses, la reacción inesperada y decidida del Ejército ucraniano frustró los objetivos del Kremlin. Sin duda, los planes de Rusia con lo que había de ser una operación relámpago, pasaban por una débil resistencia ucraniana, ante la cual la comunidad internacional aceptaría el hecho consumado de la invasión y el cambio de régimen en Kiev, limitándose a las tradicionales condenas sin más consecuencias<sup>7</sup>.

Sin embargo, Ucrania que se enfrentaba a un reto existencial, encontró en el liderazgo decidido pero también inesperado de Zelenski, el instrumento adecuado para hacer frente a la agresión rusa. Mientras tanto, Estados Unidos, que sí había alertado durante las semanas previas a la invasión de que Putin daría la orden de atacar<sup>8</sup>, contemplaba la situación como una oportunidad de desgastar a su rival estratégico sin tener que implicarse directamente.

La "operación militar especial" que el presidente ruso Vladimir Putin anunció el 24 de febrero de 2022, no ha cumplido hasta el momento presente, y cerca de cumplirse el tercer año desde el inicio de la invasión a gran escala, con los objetivos y los resultados esperados por el Kremlin. Una vez iniciada ésta, Kiev logró repeler la agresión obligando a las tropas rusas a reagruparse hacia el este y el sur del país, recuperando posteriormente territorios clave en torno a las ciudades de Járkov y Jersón (Ver mapa n.º 4 del Anexo), con el apoyo militar cada vez más decidido de Occidente, aunque algunos países titubearon al principio para no verse implicados directamente en el conflicto.

El fracaso del plan inicial del ataque ruso tras las primeras semanas de guerra y la inesperada resistencia del Ejército ucraniano que repelió el asedio a la

---

volver a Ucrania. El inicio de la invasión sorprendió al entonces ministro de Asuntos Exteriores ucraniano Dmitro Kuleba en Washington y según se afirma en un documental del programa de televisión TSN, la Casa Blanca consideraba que Ucrania resistiría una semana como mucho, opinión generalizada entre todos los países occidentales. En su estancia en Washington, un representante de la Casa Blanca instó a Kuleba a no volver a Kiev, pues el escenario más optimista era que el Gobierno ucraniano tan sólo podría mantener su poder en una pequeña parte del territorio de Ucrania. En la misma dirección, el diario *The Washington Post* había afirmado a principios de febrero de 2022 -y por lo tanto antes de iniciarse la invasión- que Rusia conquistaría Kiev en tan sólo dos días. Cfr. SEGURA, CH.: "Estados Unidos preveía al inicio de la guerra que Ucrania sólo resistiría una semana ante Rusia". *El País. Internacional*, 1 de noviembre de 2024.

<sup>7</sup> Cfr. NÚÑEZ VILLAVERDE, J.A.: "Entre la supervivencia y la victoria", *El País. Internacional*, 24 febrero 2024.

<sup>8</sup> Al contrario de otros países occidentales como Alemania o Francia que aseguraban a Zelenski que Rusia no invadiría Ucrania.

capital<sup>9</sup>, obligando al Ejército ruso a retirarse de las zonas ocupadas en el norte del país y a replegarse en las regiones del este y sur, hizo desbaratar el principal objetivo de Rusia de convertir Ucrania en un Estado subyugado y alejado de Occidente. Este sorprendente fracaso inicial de Rusia llevó a Occidente a replantearse a la baja, la opinión que se tenía sobre la potencia militar del gigante euroasiático y que lo más apropiado era sostener militar y económicamente a Ucrania y aplicar contundentes sanciones contra Moscú a la espera de que provocaran el colapso de la economía rusa. Sin embargo, estas percepciones que infravaloraban la potencialidad real de Rusia, al centrarse fundamentalmente en su débil PIB en comparación con otros Estados occidentales, no tuvieron en cuenta ni la resiliencia de la nación rusa demostrada históricamente en otras situaciones críticas, ni su poderosa industria militar, ni sus impresionantes recursos naturales<sup>10</sup>.

Los primeros meses de invasión obligaron a Ucrania a anteponer una resistencia existencial, para pasar posteriormente a liberar una parte de los territorios ocupados por Rusia con el apoyo financiero y el armamento enviado por los aliados occidentales que fue llegando progresivamente aunque de forma gradual y tímida pues aquéllos imponían restricciones para su utilización, temiendo que una apuesta más decidida desencadenara una escalada de un conflicto que implicaba a una potencia nuclear de primer orden como Rusia. A pesar del repliegue inicial, el Ejército ruso se afianzó en el este y sureste del país logrando con ello taponar la salida de Ucrania al mar de Azov y amenazar al mismo tiempo Odesa y con ello la salida al mar Negro (Ver mapa n.º 5 del Anexo). No obstante, al final del primer año de la invasión, Ucrania había liberado la mitad de los territorios invadidos por Rusia, había logrado neutralizar la flota rusa del mar Negro, conservando la operatividad del puerto de Odesa y anular la península de Crimea, anexionada por Rusia en 2014, como centro de operaciones del ataque ruso.

Estos resultados positivos, en particular las contraofensivas de Jersón y Járkov, proyectaron la sensación de que a principios de 2023, el frente de la guerra

---

<sup>9</sup> Los combates en torno a Kiev, duraron prácticamente todo el mes de marzo de 2022, llegando las tropas rusas a controlar el aeropuerto de Hostómel, y a rodear prácticamente la capital ucraniana. Sin embargo, la resistencia y la organización de las tropas ucranianas posibilitó su recuperación y el 28 de marzo las tropas rusas iniciaron el repliegue en dirección a Bielorrusia. Para un análisis de la evolución militar del conflicto en los primeros meses de la invasión rusa, *vid.* BERMEJO GARCÍA, R.: “La crisis ucraniana: algo más que un conflicto entre Rusia y Ucrania”, *AEDI*, n.º 39, 2023, pp. 45 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. PARDO DE SANTAYANA, J.: “¿Es la paz en Ucrania posible?”. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Análisis*, N.º 53/2024, 11 de septiembre de 2024, p. 5.

parecía favorecer a Ucrania y de que su Ejército podía seguir avanzando y con ello cambiar el rumbo de la guerra. A pesar del contratiempo que supuso para Ucrania la toma de Bajmut por el grupo Wagner, que provocó un elevadísimo coste en víctimas para ambos bandos, y tras un retraso provocado por la demora en la entrega de armas occidentales, el ambiente general de optimismo llevó a Ucrania a planificar una contraofensiva general que se inició en junio de 2023 con el objetivo de recuperar los territorios ocupados por Rusia.

Ucrania contaba con nuevas unidades militares que habían recibido entrenamiento militar de la OTAN, así como nuevo equipo occidental, principalmente los tanques norteamericanos M1 Abrams y los alemanes Leopard 2. Sin embargo, todo ello no fue suficiente para atravesar la formidable barrera defensiva creada por los rusos a lo largo de 2.000 Km<sup>11</sup>. A pesar del empeño del mando ucraniano en seguir avanzando y de los encarnizados combates que duraron varios meses, el resultado de la contraofensiva no sólo no constituyó un éxito para Ucrania, más allá de determinados avances muy escasos, sino que implicó un desgaste muy considerable en términos de tropas y armamento.

La situación empezó a complicarse para el Ejército ucraniano debido a la progresiva falta de municiones y de soldados de reemplazo<sup>12</sup>, lo que le impedía mantener las operaciones militares ofensivas. A partir de ese momento Rusia tomó la iniciativa, de tal forma que a entre finales de 2023 y principios de 2024 la situación se tornó favorable para el invasor ruso (Ver mapa n.º 5 del Anexo). Al cambio de situación contribuyeron varios factores. Además del desvío de la atención internacional provocado por el conflicto de Israel-Hamás en Oriente Próximo, la falta de apoyo aéreo y la insuficiencia de armamento y munición de todo tipo al que tuvo que enfrentarse el Ejército ucraniano, provocaron que las operaciones militares se estancaran en una guerra de desgaste que favorecía

---

<sup>11</sup> Que iba desde la frontera con Bielorrusia hasta el delta del Dniéper, poniendo especial énfasis en la región de Zaporiyia en la que Rusia creía que iba a concentrarse la parte más contundente del ataque ucraniano. La OTAN calculaba de forma optimista que el ejército ucraniano podría avanzar a razón de treinta kilómetros diarios, lo que permitiría a Ucrania llegar al mar de Azov en una semana. Cfr. FUENTE COBO, I.: “¿Mejor una buena guerra que una mala paz?”. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Análisis*, N.º 63/2024, 16 de octubre de 2024, p. 5.

<sup>12</sup> Para ampliar la movilización de tropas y reclutar a 400.000 nuevos soldados, el gobierno ucraniano adoptó un proyecto de ley que provocó un fuerte rechazo social (que contrastó con la afluencia masiva de voluntarios que se produjo al inicio de la invasión rusa) y que se atascó durante meses en el Parlamento ucraniano, retrasando su aprobación hasta el mes de mayo de 2024.

a Rusia al tener más medios humanos y militares<sup>13</sup>. Además de ello, la ayuda suplementaria de 56.000 millones de euros para Ucrania solicitada en octubre de 2023 por el presidente norteamericano Joe Biden al Congreso, estuvo paralizada durante meses por el rechazo de la mayoría republicana en la Cámara de Representantes<sup>14</sup>.

Con la caída en febrero de 2024 de la estratégica ciudad de Avdiivka, en el óblast de Donetsk, desde la que las tropas ucranianas protegían varias posiciones militares clave, el Ejército invasor ruso logró su primera gran victoria desde la caída de Bajmut en mayo de 2023. Tras cuatro meses de intensos combates y de numerosas bajas por ambos bandos, en especial por el atacante ruso, la captura de Avdiivka supuso una gran pérdida, también psicológica, para las tropas ucranianas, presentando por contra un impulso moral para el ejército ruso, lo que sin duda influyó en la aplastante victoria de Vladimir Putin en las elecciones celebradas entre el 15 y el 17 de marzo de 2024, resultando reelegido para un tercer mandato con el 88% de los votos.

Además, la economía rusa se estaba mostrando extraordinariamente resiliente a pesar de las sanciones occidentales y demostraba que era capaz de mantener su esfuerzo bélico durante un tiempo prolongado. Con un gasto militar total en 2023 que representaba un tercio de su presupuesto anual y alcanzaba el 7'5% del PIB, un crecimiento del 3'6% superior a los de las economías occidentales y una inflación contenida inferior al 9%<sup>15</sup>, Rusia estaba demostrando que podía sostener tanto las necesidades internas de su población como las relativas al esfuerzo

---

<sup>13</sup> Tal como reconocería el general Zaluzhny, comandante en jefe de las fuerzas armadas de Ucrania, lo que le valió su destitución el 8 de febrero de 2024, siendo sustituido por el general Oleksandr Syrskyi.

<sup>14</sup> Sin embargo, la UE logró desbloquear el 6 de febrero de 2024, el veto de Hungría al plan de añadir 50.000 millones de euros de ayuda a Ucrania, que se desembolsará por fases. De esta forma a los dos años de iniciarse la agresión rusa (24 de febrero de 2024), el esfuerzo financiero de la UE y sus Estados miembros superaba con creces al norteamericano (67.700 millones de euros), al elevarse hasta los 85.000 millones de euros repartidos entre la ayuda del presupuesto común para mantener la débil economía ucraniana (31.000 millones), apoyo militar (27.000 millones), acogida de refugiados (17.000 millones) y aportaciones individuales de los Estados miembros (9.450 millones), a los que hay que añadir los mencionados 50.000 millones aprobados en febrero de 2024. Sin embargo, si nos centramos exclusivamente en la ayuda militar, la ayuda norteamericana alcanzaba los 42.000 millones de euros, superando a la europea (27.000 millones), canalizada ésta, en su mayor parte, a través del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz. Cfr. Kiel Institute for the World Economy (IfW), Alemania: <https://www.ifw-kiel.de/>.

<sup>15</sup> Cfr. Banco Mundial 2023: <https://documentos.bancomundial.org/es/publication/documents-reports/documentdetail/099405110112326811/secbos198ad43a01b00b143eb19e841dfefb5df959e>

bético de su ejército en Ucrania. Por otra parte, el suministro de munición de artillería, drones y misiles balísticos de Corea del Norte y de Irán reforzaban aún más su capacidad y su supremacía militar frente a Ucrania.

Con el viento a favor, Rusia decidió abrir un nuevo frente en el norte de Donestk con el objetivo fijado en Járkov, segunda ciudad de Ucrania, aprovechando el desgaste de las fuerzas ucranianas en los meses anteriores, así como la falta de munición y material militar suficiente. La mejora de la situación provocada por la aprobación, en abril de 2024, del paquete de ayuda norteamericana a Ucrania de 61.000 millones de dólares, que incluía misiles artillería y sistemas de defensa aérea, así como el hecho de que Estados Unidos levantara las restricciones para utilizar las armas suministradas a Ucrania para atacar a las tropas rusas en el interior del territorio ruso próximo a la frontera, posibilitó que el ejército ucraniano lograra detener la ofensiva rusa sobre Járkov.

No obstante, esta mejora de la situación para Ucrania, a la que se añadió la aprobación de una nueva ley de movilización en mayo de 2024<sup>16</sup> no sirvió para cambiar el curso de la guerra pues Rusia continuó sus operaciones militares en el llamado saliente de Ocheretyne, con el objetivo puesto en la toma de Pokrovsk, en el óblast de Donestk, un importante centro de comunicaciones de carretera y ferrocarril y principal base logística para las tropas ucranianas en el frente oriental (Ver mapas n.º 5 y 6 del Anexo).

El continuo avance de las tropas rusas en este frente<sup>17</sup>, llevó al ejército ucraniano a realizar, en agosto de 2024, una contraofensiva por sorpresa en territorio ruso, concretamente en la región de Kursk, de alto valor simbólico<sup>18</sup>. La alta preparación de las unidades ucranianas, el uso de los cohetes de alta movilidad HIMARS y el hecho de que esta operación tomara desprevenido al ejército ruso, hizo que la ofensiva fuera un éxito y que las tropas ucranianas ocuparan un territorio de unos 1.200 Km<sup>2</sup>, tomando como prisioneros a cientos de soldados rusos (Ver mapa n.º 6 del Anexo). El principal objetivo de esta operación era que Rusia tuviera que responder al ataque ucraniano en Kursk, desplazando sus tropas desde otros frentes, en particular desde el frente de Pokrovsk, donde el ejército ruso

---

<sup>16</sup> La nueva ley de movilización reducía la edad de reclutamiento de 27 a 25 años, lo que permitió sumar unos 50.000 reclutas más, muy lejos de los más de 400.000 inicialmente previstos.

<sup>17</sup> Para un análisis detallado de las operaciones militares, *vid. FUENTE COBO, I.: “¿Mejor una buena guerra que una mala paz?”, op.cit. pp 22 y ss.*

<sup>18</sup> Pues allí había tenido lugar en 1943 la batalla de Kursk, la mayor batalla de carros de combate de la Segunda Guerra Mundial.

seguía avanzando progresivamente, y, al mismo tiempo, utilizar dicha ocupación como moneda de cambio en unas eventuales negociaciones de paz.

Sin embargo, Rusia pudo contener el avance ucraniano en Kursk sin desatender su impulso ofensivo en Pokrovsk, principal preocupación del mando militar ucraniano. A pesar de ello, la ofensiva de Kursk demostró la capacidad de Ucrania para mantener viva la guerra y aunque está por ver hasta dónde será capaz de sostener la ocupación de este territorio ruso, la audacia de la operación sorprendió a la comunidad internacional, sin ignorar, por otra parte, que el esfuerzo ucraniano en ocupar Kursk, ha diluido sus fuerzas donde precisamente más las necesitaba, es decir en el citado frente de Pokrovsk, de gran valor estratégico.

Con posterioridad, dos son los nuevos factores desestabilizadores que han aparecido recientemente. El primero, y como consecuencia del acuerdo de asociación estratégica integral firmado durante el verano de 2024 entre Rusia y Corea del Norte, mediante el que ambos países se comprometen a brindarse asistencia mutua en caso de agresión, el presidente norcoreano Kim Jong-un envió en octubre 12.000 soldados al frente de Kursk, tras recibir entrenamiento durante varias semanas en el Este de Rusia. La intervención directa de Corea del Norte en el conflicto intensifica la dimensión internacional de éste e implica una escalada grave que perturba intensamente la estabilidad internacional, como reconocieron la UE y la OTAN. Con la llegada de las tropas norcoreanas, Rusia refuerza su línea de combate mientras que Corea del Norte reafirma su apoyo estratégico a Putin en una maniobra que polariza todavía más el presente escenario internacional.

El segundo factor, consecuencia del primero, se refiere al hecho de que Estados Unidos, que ya había amenazado con eliminar el límite de uso de sus armas por parte de Ucrania si Corea del Norte entraba en la guerra, cumplió finalmente con dicha amenaza pues a mediados de noviembre, el presidente Joe Biden autorizó a Ucrania a utilizar armamento norteamericano de largo alcance para atacar el interior de Rusia. Sin duda este paso representó un giro de gran calado en la política de Estados Unidos en esta guerra, en la que hasta ese momento la Casa Blanca se oponía a que los ataques ucranianos utilizaran su armamento para adentrarse en territorio ruso, por temor a que Rusia pudiera responder de forma contundente, incluso con armas nucleares.

Las constantes peticiones del presidente ucraniano Zelenski fueron intensificándose en la medida en que la ofensiva rusa iba ganando terreno y que Ucrania presentaba problemas para cubrir sus bajas con soldados suficientemente experimentados en el frente. A pesar de que ya en el pasado mes de mayo de 2024,

Estados Unidos había autorizado a Ucrania a utilizar el uso de misiles de defensa aérea HIMARS, con un alcance de unos 80 Kms, en la zona fronteriza rusa, la utilización de los sistemas de misiles ATACMS, que Estados Unidos empezó a suministrar a Ucrania a principios de dicho año<sup>19</sup> y que ya habían sido utilizados en suelo ucraniano, permitirían atacar objetivos rusos y norcoreanos en el interior de Rusia dado que su alcance es de 300 Kms<sup>20</sup>. Al margen de que está por ver que su utilización pueda alterar el rumbo de la guerra, el objetivo de dicha autorización es situar a Kiev en una mejor posición negociadora si las partes llegan a sentarse en una mesa de conversaciones de paz, y ante la próxima toma de posesión de la nueva Administración Trump, el 20 de enero de 2025.

Tan sólo unos días después de dicha autorización, Ucrania utilizó por primera vez los misiles ATACMS contra territorio ruso, en particular contra un arsenal militar en la región de Briansk, fronteriza con Ucrania, confirmándose de esta forma que Estados Unidos no puso como condición limitar las operaciones en Kursk, sino en las provincias rusas fronterizas con Ucrania, pero no más allá<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Los sistemas de largo alcance (Long Range Systems, LRS) fueron donados por Estados Unidos, y también por otros países, a Ucrania con la autorización limitada a objetivos próximos a la frontera y que estuvieran directamente implicados en las operaciones, es decir contra objetivos tácticos u operacionales pero no estratégicos en la profundidad del territorio ruso. Sobre esta cuestión *vid. RUIZ ARÉVALO, J.: “El empleo de armas de largo alcance por Ucrania. Posibles efectos de su uso contra objetivos en territorio ruso”*. Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Opinión*, N.º 78/2024, 3 de Septiembre de 2024.

<sup>20</sup> Tanto el Reino Unido como Francia apoyaron la decisión de Estados Unidos y dieron muestras de estar dispuestos a seguir su ejemplo. A pesar de que el presidente francés, Emmanuel Macron, ya se mostró partidario de su utilización en el pasado mes de mayo de 2024, hasta el momento ambos países habían evitado autorizar de forma expresa a Ucrania a utilizar sus misiles Storm Shadow y Scalp, que ya se venían utilizando en suelo ucraniano, para atacar objetivos estratégicos en la profundidad del territorio de Rusia. Aunque finalmente el Reino Unido, siguiendo a Estados Unidos, acabó autorizando el uso de los misiles Storm Shadow, en un principio el objetivo de ambos países era evitar un enfrentamiento directo con el presidente electo de Estados Unidos, Donald Trump, cuyo entorno criticó con dureza esta decisión del todavía presidente Joe Biden. En cambio, Alemania, temerosa de una escalada del conflicto, rehusó hacer lo propio con sus misiles Taurus. Cfr. *El País. Internacional: “El Reino Unido y Francia se abren a que Ucrania use sus misiles en territorio ruso”*. 20 de noviembre de 2024.

<sup>21</sup> Un día más tarde de que se conociera que Ucrania había empleado por primera vez los misiles norteamericanos ATACMS contra objetivos situados en suelo ruso, medios militares rusos confirmaron que Ucrania había lanzado un ataque con 12 misiles Storm Shadow de fabricación británica (consorcio europeo MBDA) contra objetivos militares situados en territorio ruso. Cfr. *El País. Internacional: “Ucrania dispara misiles británicos de largo alcance Storm Shadows contra territorio ruso”*, 20 de noviembre de 2024.

La respuesta rusa no se hizo esperar, pues por un lado Putin aprobó un decreto que permite responder con armas nucleares a un ataque convencional contra Rusia, ampliando los supuestos en los que el Kremlin podría utilizarlas, como es el caso de una agresión de un país que no disponga de armas de destrucción masiva contra territorio ruso pero que cuente con el apoyo de alguna potencia nuclear<sup>22</sup>. La nueva doctrina nuclear, que considera el uso de las armas atómicas como último recurso en un conflicto, incorpora no sólo la amenaza a la existencia misma del Estado, como hasta ahora, sino también la “amenaza crítica a la soberanía y/o la integridad territorial” de Rusia<sup>23</sup>.

Aunque el documento no menciona a ningún país o bloque rival concreto, todo indica que se centra en la OTAN como enemigo potencial frente al que recurrir a la disuasión nuclear en caso de necesidad<sup>24</sup>. Por otro lado, Rusia lanzó un misil hipersónico de medio alcance, con capacidad de portar armas nucleares, contra una fábrica de material militar en la provincia ucraniana de Dnipró. El misil fue lanzado desde la región rusa de Astracán, a mil kilómetros de su objetivo, y aunque en un principio se especuló con que podría tratarse de un misil intercontinental, fuentes norteamericanas afirmaron que se trataba de un

---

<sup>22</sup> El actual vicepresidente del Consejo de Seguridad de la Federación Rusa, y antiguo presidente de Rusia entre 2008 y 2012, y primer ministro ruso entre 2012 y 2020, Dimitri Medvédev, aseguró que Rusia podría tomar represalias con armas de destrucción masiva contra Kiev y las principales instalaciones de la OTAN, ya que el uso de los misiles ATACMS sería considerado como un ataque de la OTAN contra Rusia. En esta misma línea, la televisión estatal Rusia 24, mostró qué países europeos podrían ser atacados por las armas nucleares rusas en el peor de los escenarios, destacando los países bálticos, Alemania, Austria, Francia, Polonia, Rumania y Reino Unido, así como las bases americanas.

<sup>23</sup> Sobre las cuestiones que plantea el hipotético uso del arma nuclear por parte de Rusia en el conflicto de Ucrania, *vid.* PARDO DE SANTAYANA, J.: “La ruleta nuclear rusa”, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Análisis*, N.º 30/2023, 26 de abril de 2023, pp. 84-101; BERMEJO GARCÍA, R.: “La crisis ucraniana: el reto de las negociaciones de paz y el riesgo nuclear”, *AEDI*, N.º 40, 2024, pp. 32-41.

<sup>24</sup> Como indica el punto 10 del documento, que parece inspirarse en el artículo 5 del Tratado de Washington, constitutivo de la OTAN, “la agresión de cualquier Gobierno como parte de una coalición militar (bloque, unión) contra la Federación de Rusia y sus aliados será considerada una agresión de este bloque en su conjunto”. Además el documento no sólo considera una amenaza la presencia de armas nucleares, sino también de sistemas de defensa antimisiles y armas convencionales de alta precisión, o si se dispone de “información fiable sobre un ataque masivo de aviones, misiles o vehículos aéreos no tripulados estratégicos”. Por otra parte la nueva doctrina nuclear rusa incluye también a su aliada Bielorrusia, en cuyo territorio los presidentes de ambos países acordaron el despliegue de este tipo de armas en el año 2023. Cfr. *El País. Internacional*: “Putin aprueba la nueva doctrina que permite responder con armas nucleares a un ataque convencional contra Rusia”, 19 de noviembre de 2024.

misil balístico de medio alcance, con capacidad de transportar armas nucleares, es decir un misil hipersónico de última generación<sup>25</sup>.

Mientras tanto, Rusia sigue avanzando de forma decidida en los diversos frentes, con el objetivo final de anexionarse totalmente el territorio de las cuatro provincias parcialmente ocupadas en 2022: Lugansk, Donestk, Zaporiyia y Jersón (Ver mapa n.º 6 del Anexo). Al mismo tiempo, Rusia practica una estrategia de desgaste a la que añade ataques sistemáticos contra la red energética ucraniana, lo que provoca frecuentes cortes de suministro energético en pleno invierno, con el objetivo de destruir su infraestructura económica y militar así como sus recursos materiales y humanos, lo que espera que repercuta en la moral de la población y en su voluntad de mantener el esfuerzo de la guerra.

### **III. LA RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL A LA AGRESIÓN RUSA**

#### **1. La agresión rusa a Ucrania a la luz del Derecho internacional**

Sin lugar a dudas la agresión rusa a Ucrania constituye un atentado directo contra el orden internacional existente desde la Segunda Guerra Mundial y una violación flagrante de los pilares y principios estructurales del Derecho internacional y de la Carta de las Naciones Unidas, como el de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, el respeto a la integridad territorial de los Estados o el de la resolución pacífica de conflictos, entre otros.

La denominada “operación militar especial” no es tal sino un auténtico acto de agresión contra un Estado soberano como Ucrania contrario al artículo 2,4 de la Carta de las Naciones Unidas y al principio enunciado en la “Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y co-

---

<sup>25</sup> El misil Oreshnik 9M729, con un alcance de 6.000 Kms -lo que constituye una amenaza para Europa y la costa oeste de Estados Unidos- alcanzó una velocidad máxima superior a Mach 11, es decir más de 13.500 Km/h, por lo que el tiempo de vuelo desde su lanzamiento en la región rusa de Astracán hasta su impacto en la ciudad ucraniana de Dnipró, fue menos de 15 minutos. Este tipo de armas incumple el extinto tratado de misiles de corto y medio alcance suscrito entre Rusia y Estados Unidos, abandonado por la administración Trump en 2019 al acusar a Rusia de fabricar otro cohete convencional que violaba dicho tratado al superar la distancia permitida y además por poder portar ojivas nucleares. Cfr. *El País. Internacional*: “Putin prueba un misil de nueva generación contra Ucrania”, 21 de noviembre de 2024.

peración entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”<sup>26</sup>, que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, entre los que destaca el del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, reconocido en el artículo 1,1 de la Carta<sup>27</sup>.

Además, la operación militar rusa contra Ucrania encaja perfectamente en la “Definición de agresión”<sup>28</sup> que recoge la Declaración 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la cual puede considerarse que el ataque armado de un Estado contra otro, genera en el Estado víctima el derecho al uso de la fuerza como legítima defensa, según establece el artículo 51 de la Carta. Sin lugar a dudas, la operación armada iniciada el 24 de febrero de 2022 por Rusia contra Ucrania, mediante la cual tropas rusas penetraron en territorio ucraniano y lo ocuparon sin justificación jurídica a la luz del Derecho internacional, constituye un crimen de agresión.

Por lo tanto al utilizar ilegalmente la fuerza, Rusia cometió un hecho internacionalmente ilícito que, al violar una norma imperativa de *ius cogens* -como la que prohíbe el uso de la fuerza a los Estados salvo que sea en legítima defensa- generó una responsabilidad internacional agravada para Rusia, es decir un crimen internacional<sup>29</sup>, al mismo tiempo que generaba para el Estado víctima, es decir Ucrania, el derecho de usar legítimamente la fuerza armada contra el agresor, reconocido en el mencionado artículo 51 de la Carta, y solicitar ayuda a sus aliados en base a la legítima defensa colectiva.

El derecho de Ucrania a utilizar legítimamente la fuerza contra la agresión rusa según se desprende del citado artículo 51 de la Carta, implica que debe cumplirse con la exigencia contenida en el mismo de que se informe inmediatamente al Consejo de Seguridad de las medidas adoptadas en ejercicio de la legítima defensa, con el fin de que el Consejo tome las medidas que estime convenientes de conformidad con las competencias que le confiere la Carta<sup>30</sup>. De ello se deduce

---

<sup>26</sup> Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General.

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, *vid. PONS RÀFOLS, X.: “La guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho Internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, REEI, N.º 43, Junio 2022*

<sup>28</sup> Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “De la guerra en Ucrania”, *AEDI*, n.º 39, 2023, p. 84.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.86

<sup>30</sup> Cfr. BLANC ALTEMIR, A.: “La legítima defensa en Derecho internacional: Algunas reflexiones tras los últimos conflictos”. *Anuario 2002-2004 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y*

la provisionalidad que caracteriza las acciones emprendidas en el ejercicio de la legítima defensa, tal como está contemplada en el citado artículo 51. En efecto, las acciones que implican el uso de la fuerza en respuesta a una agresión previa serán lícitas pero siempre de forma provisional hasta que el Consejo de Seguridad adopte las medidas que estime oportunas, lo cual no implica que no pueda aceptarse el ejercicio continuo de la legítima defensa en el caso de que el Consejo de Seguridad esté paralizado o que el enfrentamiento entre las grandes potencias impida su actuación<sup>31</sup>, como ocurre en el presente caso.

No obstante, de la exigencia del deber de información y de la provisionalidad de las medidas adoptadas por el Estado agredido, no debe deducirse que el ejercicio de la legítima defensa requiera de la autorización expresa del Consejo de Seguridad, o de que éste deba dirigir tales medidas, sino que el uso de la legítima defensa debe estar sometido al control del Consejo de Seguridad, en la medida en que la existencia de un sistema de seguridad colectiva así lo exige<sup>32</sup>.

En efecto, ante la agresión armada rusa contra Ucrania<sup>33</sup> el sistema de seguridad colectiva prevista en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas hubiera tenido que desplegarse y el Consejo de Seguridad, en cuanto que responsable principal del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, hubiera tenido que intervenir declarando formalmente la existencia de una agresión armada por parte de Rusia (artículo 39 de la Carta), y aplicando los artículos previstos en dicho capítulo a tal efecto: artículos 40 (medidas provisionales), 41 (medidas coercitivas no armadas) y, en su caso, el 42 (autorización del uso de la fuerza contra el Estado agresor).

Sin embargo, no fue así pues el Consejo de Seguridad quedó paralizado por el voto de Rusia, miembro permanente del mismo y, como tal, con derecho de voto. Ello puso de manifiesto, una vez más, las carencias y deficiencias del sistema de seguridad colectiva incorporado en la Carta de las Naciones Unidas, y la imperiosa necesidad de reformar y reforzar los mecanismos de coerción en el Derecho internacional<sup>34</sup>.

---

*Legislación.* Zaragoza, pp. 357-389.

<sup>31</sup> Cfr PANIAGUA, R.; PONS, X.: “El sistema de seguridad colectiva, el terrorismo internacional y la legítima defensa”, *Agenda ONU*, nº 4, 2001, pág. 48.

<sup>32</sup> Cfr. CORTEN , O.; DUBUSSON, F.: “Opération ‘liberté immuable’: une extension abusive du concept de légitime défense”, *Revue Générale de Droit International Public*, 2002-1, pág. 73.

<sup>33</sup> Sobre la complejidad del conflicto y su definición como “agresión”, vid. SANDOZ, Y.: “Le droit international à la lumière et à l’épreuve du conflit armé en Ukraine”, *RGDIP*, t. 127, 2023/1, pp. 11-50.

<sup>34</sup> Lo que implicaría la tantas veces reclamada reforma de las Naciones Unidas, en particular de su

## 2. La respuesta en diversas Organizaciones internacionales

### A.- Las Naciones Unidas

Diversos son los órganos de las Naciones Unidas que han adoptado medidas o han fijado posiciones en este conflicto. Sin ánimo exhaustivo, destacaremos aquellas que han tenido una mayor incidencia en el mismo.

Empezando por el Consejo de Seguridad, y en virtud del citado Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que le permite tomar las medidas necesarias para restablecer la paz y la seguridad, incluido el uso de la fuerza militar, el 25 de febrero de 2022, día siguiente a la invasión, se presentó ante dicho órgano un proyecto de resolución que condenaba la ofensiva rusa sobre Ucrania y exigía a Rusia “**el cese inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania** y que se abstuviera de toda nueva amenaza o uso ilegal de la fuerza contra cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas”.

También exigía que Rusia **retirase inmediata, total e incondicionalmente todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas**, y reafirmaba el compromiso del Consejo de Seguridad con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras. El documento condenaba también la decisión de Rusia de reconocer las regiones ucranianas de Donetsk y Lugansk y le exigía revertirla.

El proyecto de resolución, no pudo aprobarse por el veto de Rusia<sup>35</sup>, miembro permanente del Consejo de Seguridad, lo cual impidió que desplegara los efectos deseados, en particular que el Consejo de Seguridad pudiera actuar en los términos en que se solicitaba en el texto<sup>36</sup>.

---

Consejo de Seguridad. *Vid.* A tal efecto BLANC ALTEMIR, A. (Ed.): *El proceso de reforma de las Naciones Unidas. La dimenaión institucional y el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales*. Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

<sup>35</sup> El proyecto de resolución contó con el voto a favor de 11 de los 15 miembros del Consejo: Albania, Brasil, Gabón, Ghana, Kenia, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, México y Noruega. Se abstuvieron otros tres: China, India y los Emiratos Árabes Unidos. Rusia votó en contra.

<sup>36</sup> No obstante, y a pesar de no poder aprobar dicha resolución por el veto de Rusia, el Consejo sí ha podido reunirse en varias ocasiones y adoptar declaraciones, sin el valor jurídico que tienen las resoluciones. En este sentido, el 6 de mayo de 2022, aprobó una declaración presidencial, elaborada por Noruega y Méjico, en la que el Presidente del Consejo durante el mes de mayo, el embajador Thomas-Greenfield de los Estados Unidos declaró: “El Consejo de Seguridad expresa su profunda preocupación por el mantenimiento de la paz y la seguridad de Ucrania”. La Declara-

De conformidad con la Resolución 377 (V) de la Asamblea General de 3 de noviembre de 1950 (“Unión Pro Paz”), que reconoció que la Asamblea tiene la autoridad para tomar una amplia gama de decisiones, incluido el establecimiento de una fuerza de mantenimiento de la paz, cuando el Consejo esté paralizado por el uso del voto de uno de sus miembros permanentes<sup>37</sup>, el propio Consejo de Seguridad aprobó tan sólo dos días más tarde, el 27 de febrero de 2022, la Resolución 2623 en la que tras constatar que la falta de unanimidad de los miembros permanentes había impedido al Consejo ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, decidió convocar un período extraordinario de sesiones de emergencia para examinar la agresión rusa a Ucrania. Dado que se trataba de una cuestión de procedimiento, ningún miembro permanente podía ejercer su derecho de voto<sup>38</sup>.

En el marco de dicho período extraordinario de sesiones de emergencia, la Asamblea General aprobó el 2 de marzo de 2022 la Resolución A/RES/ES-11/1 en respuesta a la invasión rusa de Ucrania, calificándola de guerra de agresión al violar el artículo 2, 4 de la Carta. La Resolución, que fue aprobada por 141 votos a favor<sup>39</sup> exige que Rusia ponga fin de inmediato al uso de la fuerza contra

---

ción afirma igualmente: “El Consejo de Seguridad recuerda que todos los Estados Miembros han asumido, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, la obligación de resolver sus controversias internacionales por medios pacíficos”, y expresaba su “firme apoyo” a los esfuerzos del Secretario General para encontrar una solución pacífica. “El Consejo de Seguridad solicita al Secretario General que informe al Consejo de Seguridad a su debido tiempo después de la aprobación de la presente declaración”. Cfr. <https://news.un.org/en/story/2022/05/1117742>

<sup>37</sup> En virtud de la misma Resolución 377 (V), la Asamblea General *puede solicitar un «período extraordinario de sesiones de emergencia» en un plazo de 24 horas*: «Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales. De no estar a la sazón reunida, la Asamblea General puede reunirse en período extraordinario de sesiones de emergencia dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de una solicitud al efecto. Tal período extraordinario de sesiones de emergencia será solicitado si así lo solicita el Consejo de Seguridad por el voto de siete cualesquiera de sus miembros, o bien la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas». Así se aprobó el 11º período extraordinario de sesiones de emergencia, en el marco del cual se adoptaron las Resoluciones comentadas posteriormente.

<sup>38</sup> La Resolución fue aprobada por 11 votos positivos, un voto en contra (Rusia) y 3 abstenciones (China, India y Emiratos Árabes Unidos).

<sup>39</sup> 5 países votaron en contra (Rusia, Bielorrusia, Eritrea, Corea del Norte y Siria), 35 se abstuvieron (entre los que se encontraban China e India) y 12 estuvieron ausentes.

Ucrania y se abstenga de recurrir a cualquier otra forma ilícita de amenaza o uso de la fuerza contra cualquier otro Estado Miembro y que retire de inmediato, por completo y sin condiciones, todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente. Asimismo, deplora la decisión de Rusia de reconocer la independencia de las regiones separatistas de Donetsk y Lugansk el 21 de febrero de 2022, por constituir una violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y por ser incompatible con los principios de la Carta de la ONU, reclamando que tal reconocimiento sea revertido de inmediato y sin condiciones.

La Resolución exige, asimismo, a todas las partes que permitan el paso seguro y sin restricciones a destinos fuera de Ucrania y que faciliten el acceso rápido, seguro y sin trabas de la asistencia humanitaria a quienes la necesitan en dicho país y que protejan a la población civil, incluido el personal humanitario; deplora igualmente la participación de Bielorrusia en el uso ilícito de la fuerza contra Ucrania y exhorta a dicho país a que cumpla sus obligaciones internacionales.

Tras aprobar la Resolución A/RES/ES-11/2, de 24 de marzo de 2022 sobre las consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania, y la Resolución A/RES/ES-11/3 sobre la suspensión de los derechos de Rusia a formar parte del Consejo de Derechos Humanos<sup>40</sup>, la Asamblea General aprobó, el 12 de octubre de 2022, por amplia mayoría<sup>41</sup>, la Resolución A/RES/ES-11/4 en la que solicitaba a los Estados miembros no reconocer las cuatro regiones (Lugansk, Donetsk, Zaporiyia y Jersón) ocupadas y reclamadas por Rusia tras los referendos celebrados en el mes de septiembre del mismo año, por ser el resultado de una agresión ilegal, violando la integridad territorial, la soberanía y la independencia política de Ucrania, exigiendo a Rusia que revoque su “intento de anexión ilegal”. Un mes más tarde, el 14 de noviembre de 2022, la Asamblea volvería a aprobar<sup>42</sup> otra Resolución, la A/RES/ES-11/5 sobre reparaciones de Rusia a Ucrania, en la que exige compensar económicamente los daños sufridos por Ucrania debido a la agresión militar ilegal iniciada el 24 de febrero del mismo año. La Resolución aprobó igualmente el establecimiento de un mecanismo internacional de compen-

---

<sup>40</sup> La Resolución fue aprobada por 93 votos a favor, 24 en contra y 58 abstenciones.

<sup>41</sup> 143 votos afirmativos, 5 negativos (Rusia, Bielorrusia, Corea del Norte, Nicaragua y Siria) y 35 abstenciones (China, India y una gran mayoría de Estados africanos).

<sup>42</sup> Con una mayoría sensiblemente menor que en las anteriores ocasiones: 94 votos a favor, 14 en contra y 73 abstenciones

sación por daños, pérdidas y lesiones, así como un registro para documentar las pruebas y las reclamaciones.

Finalmente, y en el marco de dicho 11º período extraordinario de sesiones de emergencia, la Asamblea General aprobó el 23 de febrero de 2023 coincidiendo con el primer año de la invasión rusa, la Resolución A/RES/ES-11/6 sobre los principios de la Carta de las Naciones Unidas en los que debe basarse una paz general, justa y duradera en Ucrania<sup>43</sup>. La citada Resolución **reitera la necesidad de una retirada inmediata, completa e incondicional** de todas las fuerzas militares rusas del territorio ucraniano “dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente”, y solicita el cese de las hostilidades. También exhorta a los Estados miembros a redoblar su apoyo “a los esfuerzos diplomáticos encaminados a lograr una paz general, justa y duradera” y solicita a las partes en conflicto cumplir con sus obligaciones, de conformidad con el Derecho internacional humanitario, “de velar constantemente por no causar daño a la población civil ni a los bienes de carácter civil”, y “garantizar el acceso seguro y sin trabas de la ayuda humanitaria”. Asimismo, pide “**el cese inmediato de los ataques contra las infraestructuras críticas de Ucrania**” y “pone de relieve la necesidad de garantizar la rendición de cuentas por los crímenes más graves de Derecho internacional cometidos en el territorio de Ucrania mediante investigaciones y enjuiciamientos adecuados”<sup>44</sup>.

Tanto el Consejo de Seguridad<sup>45</sup> como la Asamblea General volvieron a ocuparse en sendas reuniones de la cuestión de Ucrania con ocasión del segundo aniversario de la agresión rusa, en las que se solicitó el fin de la guerra y la retirada

---

<sup>43</sup> La Resolución fue aprobada por 142 votos a favor, 7 en contra y 32 abstenciones.

<sup>44</sup> Un día más tarde de la aprobación de dicha resolución por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad celebró una reunión a nivel ministerial con la asistencia del Secretario General que volvió a exigir una paz justa y sostenible en Ucrania. Cfr. <https://news.un.org/en/story/2023/02/1133877>. En otras ocasiones, el Consejo de Seguridad se ha reunido de urgencia a petición de Ucrania, como ocurrió tras el devastador ataque ruso el 29 de diciembre de 2023 que causó numerosas víctimas civiles, pero sin adoptar ninguna resolución al respecto, debido al veto ruso. Cfr. <https://press.un.org/en/2023/sc15550.doc.htm>. En otras ocasiones el el Consejo se ha reunido de urgencia a petición de Rusia, como ocurrió al día siguiente, 30 de diciembre del mismo año de 2023, tras el ataque ucraniano contra la ciudad fronteriza rusa de Belgorod, que también causó víctimas civiles. Cfr. <https://news.un.org/es/story/2023/12/1526812>

<sup>45</sup> Al cumplirse dos años de la invasión rusa, y a petición de Ucrania el Consejo de Seguridad volvió a celebrar una reunión a nivel ministerial, en la que el Secretario General volvió a reclamar el respeto a la soberanía, la independencia y la integridad territorial de Ucrania así como una paz justa, basada en la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho internacional y las resoluciones de la Asamblea General. Cfr <https://press.un.org/en/2024/sc15601.doc.htm>

de las tropas rusas de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y se subrayó las graves repercusiones que la guerra provoca en la seguridad alimentaria y energética, y que erosiona los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional<sup>46</sup>.

Otros muchos órganos de las Naciones Unidas, como el Consejo de Derechos Humanos<sup>47</sup>, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>48</sup>, o el Secretario General<sup>49</sup>, entre otros<sup>50</sup>, se han ocupado del conflicto de Ucrania durante este tiempo.

---

<sup>46</sup> Cfr <https://press.un.org/en/2024/ga12583.doc.htm>

<sup>47</sup> El 4 de marzo de 2022, el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución en la que acordó establecer una Comisión para investigar las violaciones de los derechos humanos en Ucrania. La resolución, presentada por Ucrania, obtuvo 32 votos a favor, 2 en contra (Rusia y Eritrea) y 13 abstenciones. La resolución pide la retirada “rápida y verificable” de las tropas rusas y de los grupos armados respaldados por Rusia de Ucrania e insta a permitir un acceso humanitario seguro y sin obstáculos a las personas necesitadas. La Comisión de Investigación internacional independiente tendrá un mandato que incluye la investigación de todas las presuntas violaciones y abusos de derechos y los crímenes conexos, y la formulación de recomendaciones sobre medidas de rendición de cuentas. Cfr. <https://news.un.org/en/story/2022/03/1113292>.

<sup>48</sup> El 4 de abril de 2022, la Alta Comisionada declaró en relación con los acontecimientos ocurridos en Bucha: “Los informes que surgen de esta y otras áreas plantean preguntas serias y perturbadoras sobre posibles crímenes de guerra, así como graves violaciones del derecho internacional humanitario y graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos. Es esencial que se exhumen e identifiquen todos los cadáveres para que se pueda informar a las familias de las víctimas y determinar las causas exactas de la muerte. Se deben tomar todas las medidas necesarias para preservar las pruebas. Es vital que se hagan todos los esfuerzos posibles para garantizar que haya investigaciones independientes y efectivas sobre lo ocurrido en Bucha para garantizar la verdad, la justicia y la rendición de cuentas, así como reparaciones y remedios para las víctimas y sus familias”. Cfr. <https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2022/04/comment-un-high-commissioner-human-rights-michelle-bachelet-bodies>. Por otra parte, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha venido publicando diversos informes sobre la situación de los derechos humanos en Ucrania. Cfr. <https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/ohchr-report-treatment-prisoners-war-and-persons-hors-de-combat-context>

<sup>49</sup> Entre otras muchas acciones emprendidas por el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, que ha estado muy activo en este conflicto, conviene señalar que al día siguiente de iniciarse la invasión, el 25 de febrero de 2022, el Secretario General nombró a Amin Awad, Coordinador de Crisis de las Naciones Unidas para Ucrania. Cfr. <https://press.un.org/en/2022/sga2102.doc.htm>

<sup>50</sup> Como la UNICEF, la UNESCO, la ACNUR, Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU, el Comité de los Derechos del Niño, la AIEA, o la AIM (Agencia Internacional de Migraciones), entre otras. Cfr. <https://unric.org/es/la-onu-y-la-guerra-en-ucrania/>

## B.- La Unión Europea

La Unión Europea ha reaccionado de forma decidida ante la ilegal agresión rusa a Ucrania<sup>51</sup>). Ya en 2014 tras la anexión de Crimea y el apoyo militar ruso a los separatistas de Donetsk y Lugansk, la UE aprobó, al principio de forma más tímida, los primeros paquetes de sanciones contra Rusia que principalmente fueron de carácter económico, pero que también alcanzaron a las restricciones de movimiento de personas concretas, así como de carácter diplomático, como la suspensión de la tradicional cumbre UE-Rusia<sup>52</sup>.

Desde el inicio de la invasión a gran escala de Ucrania por parte de Rusia, el 22 de febrero de 2022, la UE ha adoptado un total de catorce paquetes de sanciones, algunas de las cuales complementan o amplían las ya adoptadas en 2014, que se han dirigido principalmente a debilitar la economía rusa, privándola del acceso a determinadas tecnologías y mercados con el fin último de debilitar su capacidad bélica<sup>53</sup>.

Las sanciones alcanzan a más de 2.300 personas y entidades que son objeto de medidas restrictivas de la UE por llevar a cabo acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía o la independencia de Ucrania. Entre ellas se encuentran el presidente ruso, Vladimir Putin, el ministro de asuntos exteriores Serguéi Lavrov, así como otros miembros del Gobierno, miembros de la Duma estatal rusa, del Consejo de Seguridad Nacional, empresarios, oligarcas, altos funcionarios y militares de alta graduación, así como las personas responsables o que hayan participado en los referendos ilegales de 2022, en las atrocidades cometidas en Bucha y Mariúpol, y en las deportaciones de niños ucranianos a Rusia, entre otros<sup>54</sup>. Entre las entidades figuran partidos políticos, fuerzas armadas y grupos paramilitares, bancos y entidades financieras, empresas energéticas, del sector militar o tecnológicas, entre otras<sup>55</sup>. Algunas de las medidas restrictivas adoptadas contra dichas personas o entidades, incluyen la prohibi-

---

<sup>51</sup> Para un análisis amplio y diversificado sobre la posición de la UE ante la guerra de Ucrania, *vid.* ALDECOA, F.; GONZÁLEZ, L.N.: "La Unión Europea frente a la agresión a Ucrania". Los Libros de la Catarata/ Consejo Federal Español del Movimiento Europeo, Madrid, 2022.

<sup>52</sup> Cfr. BLANC ALTEMIR, A.: "Las relaciones Unión Europea-Federación Rusa: multidimensionalidad en la complejidad", en Blanc Altemir, A. (Dir.): *La Unión Europea y los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica)*. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 93 y s.s.

<sup>53</sup> Cfr. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_24\\_4029](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_4029)

<sup>54</sup> También figuran en la lista personas y autoridades de Bielorrusia, Irán y Corea del Norte.

<sup>55</sup> Las medidas se adoptaron por primera vez en 2014, ampliándose posteriormente, y han sido prorrogadas recientemente hasta el 15 de marzo de 2025.

ción de viajar a territorio de la UE, a transitar por él, la inmovilización de fondos y activos de las personas y entidades sancionadas depositados en la UE, o la prohibición de transferir fondos desde la UE a las personas o entidades sancionadas.

En este sentido, en mayo de 2024, el Consejo de la UE aprobó que los ingresos generados por los activos rusos inmovilizados se utilizaran para apoyar a las fuerzas armadas, la industria de defensa y la reconstrucción de Ucrania<sup>56</sup>), habiéndose efectuado en el mes de julio de 2024 el primer pago de 1.500 millones de euros provenientes de tales activos inmovilizados a través del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz y de otros programas europeos<sup>57</sup>.

En cuanto a las sanciones económicas y como ha ocurrido en otros ámbitos, las sanciones, que ya se iniciaron en 2014 con ocasión de la anexión de Crimea, se intensificaron a partir de la invasión a gran escala de Ucrania por parte de Rusia. Estas afectan a sectores clave como el financiero, energético, transporte, tecnológico y de la defensa<sup>58</sup>.

En el sector financiero, las sanciones incluyen la prohibición de acceso al sistema SWIFT a un total de diez bancos rusos, restricciones al acceso de Rusia a los mercados financieros y de capital de la UE y prohibiciones relativas a las transacciones con el Banco Central de Rusia y el Banco de Desarrollo Regional ruso, o al acceso a los grandes depósitos de nacionales rusos en bancos de la UE, entre otros. En el sector energético, las sanciones incluyen un límite de precios relativo al transporte marítimo de petróleo y productos petrolíferos rusos, y la prohibición de importar petróleo crudo, productos petrolíferos y carbón procedentes de Rusia, gas licuado de petróleo (GLP) procedente de Rusia, reexportar gas natural licuado ruso (GNL) en instalaciones de la UE, o exportar a Rusia bienes y tecnologías del sector de la energía, entre otros.

En el sector de los transportes, las sanciones incluyen el cierre del espacio aéreo de la UE a todas las aeronaves de propiedad rusa y de los puertos de la UE a los buques rusos y la prohibición de exportar a Rusia bienes y tecnología de los sectores de la aviación, marítimo y espacial, o aeronaves, incluidas sus piezas, entre otros. Las sanciones en los sectores de la defensa y la tecnología incluyen

---

<sup>56</sup> Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/21/extraordinary-revenues-generated-by-immobilised-russian-assets-council-greenlights-the-use-of-windfall-net-profits-to-support-ukraine-s-self-defence-and-reconstruction/>

<sup>57</sup> Cfr. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_24\\_4029](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_24_4029)

<sup>58</sup> Afectando igualmente a Bielorrusia, aliado de Rusia y a Irán, por la fabricación y suministro de drones a Rusia.

la prohibición de exportar a Rusia productos de doble uso y tecnología para uso militar, motores de drones y componentes para la producción de drones, armas de fuego de uso civil y sus componentes, municiones, vehículos militares y equipos paramilitares, componentes informáticos, electrónicos y ópticos, o productos químicos, instrumentos de navegación, generadores y termostatos, entre otros.

Las sanciones en el sector del comercio incluyen la prohibición de exportar a Rusia productos de lujo, y la prohibición de importar desde Rusia acero, hierro, cemento, asfalto, tubos de cobre y de aluminio, madera, papel, caucho sintético y plástico, alimentos marinos, bebidas alcohólicas, cigarrillos y cosméticos, diamantes y oro, incluidas las joyas, entre otros.

Las sanciones económicas incluyen la prohibición de prestar a Rusia o a nacionales rusos los siguientes servicios: contabilidad, auditoría, asesoría fiscal, arquitectura e ingeniería, consultoría informática y asesoramiento jurídico o publicidad, investigación de mercado y encuestas de opinión pública, entre otros.

Finalmente, conviene señalar que el Consejo ha adoptado igualmente una serie de medidas económicas restrictivas en relación con ámbitos específicos a raíz del reconocimiento por Rusia de las zonas de las provincias de **Donetsk, Lugansk, Zaporiyia y Jersón** no controladas por el Gobierno ucraniano, que afectan a las importaciones, exportaciones y servicios<sup>59</sup>.

Toda esta amplia batería de medidas sancionadoras, adoptadas por la UE, por otros países europeos y por Estados Unidos, han tenido impacto en la economía rusa pero en menor medida de lo esperado. En su guerra contra Ucrania y su impugnación del orden internacional, Rusia cuenta con una amplia red de apoyo internacional, que involucra a varios países con distintos niveles de complicidad, que van desde el apoyo explícito a la invasión<sup>60</sup>, a otros con distintos grados de empatía o simple desinterés por la agresión rusa y que le proporcionan oxígeno a través de sus mercados para sobreponerse a las sanciones occidentales<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions-against-russia/>

<sup>60</sup> Como Bielorrusia, Corea del Norte, Irán o la antigua Siria de Bachar el Assad

<sup>61</sup> Como algunos países exsoviéticos -caucásicos y centroasiáticos- cuyos mercados son importantes en las maniobras de Rusia para sortear las sanciones occidentales; China, India y Turquía, que compran el 90% del crudo ruso, siendo además China y Hong Kong los principales centros de abastecimiento de productos de doble uso, como los semiconductores, o los Emiratos Árabes Unidos que son un importante centro de transbordo y financiero, sin olvidar a Hungría, miembro de la UE, que ha tenido una actitud obstrucciónista a las sanciones europeas, o a determinados partidos políticos en el seno de sociedades occidentales que mantienen posiciones empáticas hacia Rusia.

### 3. Los Tribunales internacionales

#### A. La Corte Internacional de Justicia

El 26 de febrero de 2022, y por lo tanto tan sólo dos días después de la iniciada la gran invasión de Ucrania por parte de Rusia, Ucrania solicitó de forma urgente a la Corte Internacional de Justicia medidas provisionales contra la agresión rusa. Rusia, que había justificado la invasión en base a que el gobierno ucraniano estaba cometiendo un genocidio en Donetsk y Lugansk<sup>62</sup> lo que violaba la Convención sobre la prevención y sanción del crimen de genocidio, de 1948 de la que tanto Rusia como Ucrania son partes<sup>63</sup>. Ucrania, además de solicitar tales medidas provisionales, afirmó en su alegato que Rusia había llevado a cabo una interpretación fraudulenta de dicha Convención pues en ningún caso se estaba perpetrando un genocidio en el Dombás por parte de las fuerzas ucranianas<sup>64</sup>.

La Corte adoptó el 16 de marzo de 2022 un dictamen preliminar<sup>65</sup>, dado que la cuestión de fondo tardará todavía bastante tiempo en resolverse, en el que tras afirmar la obligatoriedad del mismo, y constatar que Rusia no había asistido a la audiencia inicial del caso, celebrada el 4 de marzo del mismo año, declaró que dicho dictamen preliminar “de ninguna manera prejuzga la cuestión de la compe-

---

<sup>62</sup> Entre otras justificaciones de escasa solidez, como la de “desnazificar” el gobierno ucraniano o la de evitar la “inminente” adhesión de Ucrania a la OTAN, como hemos comentado anteriormente.

<sup>63</sup> La Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio fue adoptada el 9 de diciembre de 1948 y tiene 152 Estados parte. Rusia y Ucrania se adhirieron al instrumento en 1954.

<sup>64</sup> Durante su intervención ante la Corte el 7 de marzo de 2022, el representante de Ucrania en la audiencia, Anton Korinevich, afirmó que “el ataque de Rusia a Ucrania es una violación directa de la Convención sobre el Genocidio de 1948”, por lo que debe rendir cuentas, comprometiéndose a presentar pruebas que desmienten las “grotescas mentiras” de Rusia, según las cuales Ucrania habría cometido un genocidio en las regiones orientales del país. Ucrania solicitó a la Corte que tomara “medidas cautelares” para proteger al pueblo ucraniano hasta la emisión de una sentencia definitiva. Como parte de la aplicación de las medidas provisionales, Korinevich solicitó a la Corte, que exigiera a la Federación de Rusia la suspensión inmediata de la acción militar iniciada el 24 de febrero de 2022 y que no realizara ninguna acción que pudiera agravar o ampliar el litigio ante la Corte. Cfr. Naciones Unidas. *Noticias ONU*: “Rusia ha reducido la Convención sobre el Genocidio a “confeti” afirma Ucrania ante la Corte Internacional de Justicia”. <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505152>

<sup>65</sup> Que fue presentado el 16 de marzo de 2022 por la presidenta de la Corte, magistrada Joan E. Donoghue (Estados Unidos). Al inicio de la sesión, la magistrada presidenta indicó que la Corte “es consciente de la magnitud de la tragedia humana que tiene lugar en Ucrania” y que “está profundamente preocupada por el uso de la fuerza por parte de la Federación de Rusia en Ucrania, que plantea cuestiones muy graves de Derecho internacional”. Cfr Naciones Unidas. *Noticias ONU*: “La Corte Internacional de Justicia ordena a Rusia que suspenda inmediatamente las operaciones militares en Ucrania”. <https://news.un.org/es/story/2022/03/1505702>

tencia de la Corte para conocer el fondo del caso o de cualquier cuestión relativa a la admisibilidad de la demanda”.

Sobre la cuestión de la jurisdicción de la Corte, y ante las alegaciones de Rusia<sup>66</sup> de que “**la Corte carece de jurisdicción** para ocuparse del caso y le solicita que se abstenga de indicar medidas provisionales y que elimine de su lista el caso”, el Tribunal concluyó que “en principio, **tiene jurisdicción de conformidad con el artículo 9 de la Convención sobre el genocidio** para analizar el caso”.

Las medidas provisionales adoptadas por la Corte se basan en que Rusia debe suspender inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero pasado en territorio ucraniano<sup>67</sup> “debiendo **garantizar**, además, que ninguna de sus unidades armadas militares o grupo irregular, organización o individuo que pudiera estar apoyando, promueva acciones militares relacionadas con la incursión rusa en cuestión”. La tercera medida provisional, respaldada unánimemente por los quince jueces integrantes de la Corte, se refiere a que **ambas partes deben abstenerse** de cualquier acción que pueda agravar o extender el conflicto<sup>68</sup>.

Además de adoptar tales medidas provisionales, la Corte afirmó que Rusia no había aportado pruebas que **respaldaran las imputaciones de que Ucrania estaba cometiendo un genocidio en** Donetsk y Lugansk y añadió que, en cualquier caso, es dudoso que la Convención sobre Genocidio otorgue autoridad para el “uso unilateral de la fuerza en el territorio de otro Estado”<sup>69</sup>. Agregó, no obstante, que “el Tribunal considera que Ucrania tiene un derecho plausible a no ser objeto de operaciones militares” por parte de Rusia y aclaró que “la **no comparcencia de uno de los Estados** interesados no puede constituir en sí misma un obstáculo” para llegar a un fallo provisional. Sin embargo, la Corte se abstuvo en relación a la petición de Ucrania de dictaminar una medida provisional orde-

---

<sup>66</sup> Aunque, como hemos comentado Rusia no asistió a la audiencia inicial del 4 de marzo de 2022, envió con fecha 7 de marzo a la Corte un documento en el que “argumentaba que ese órgano judicial no tiene jurisdicción sobre el caso ya que había explicado a la ONU su operación militar por motivos de legítima defensa en Ucrania”, así como que las Repúblicas de Donetsk y de Lugansk habían solicitado apoyo militar a su país. *Ibid.*

<sup>67</sup> Esta medida provisional fue adoptada por 13 votos a favor y dos en contra.

<sup>68</sup> International Court of Justice. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v.Russian Federation). Request for the Indication of Provisional Measures. Order.* 16 March 2022. Disponible en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>.

<sup>69</sup> *Ibid.*

nando a Rusia presentar a la Corte informes semanales sobre las medidas adoptadas para cumplir con el fallo<sup>70</sup>.

Como se ha podido comprobar con posterioridad, Rusia ha ignorado absolutamente las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia, comentadas anteriormente, a pesar del carácter vinculante de las mismas, según estableció el propio Tribunal, violando de esta forma el artículo 94, 1 de la Carta de las Naciones Unidas: “Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte”. Es cierto que, en cumplimiento del apartado 2 del citado artículo, Ucrania podría recurrir al Consejo de Seguridad para que dicte medidas para que se ejecute el fallo, pero nuevamente el más que probable veto de Rusia, imposibilitaría tales medidas: “Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

## B. La Corte Penal Internacional

A pesar de que ni Rusia ni Ucrania eran partes del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (CPI) en el momento de producirse la agresión rusa<sup>71</sup>, Ucrania había aceptado su jurisdicción en 2014 a raíz de la anexión de Crimea.

En este sentido, el 17 de marzo de 2023, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI emitió órdenes de arresto contra el Presidente de la Federación de Rusia, Vladimir Putin<sup>72</sup>, y contra la Comisionada para los Derechos del Niño en la Oficina del Presidente de la Federación de Rusia, Alekseyevna Lvova-Belova, en el contexto de la situación en Ucrania<sup>73</sup>. A ambos se les acusa de ser presun-

---

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Tras completar el proceso de ratificación del Estatuto de Roma en octubre de 2024, Ucrania se ha convertido en el Estado parte número 125 de la Corte Penal Internacional.

<sup>72</sup> Vladimir Putin es el tercer presidente en ejercicio que ha recibido una orden de detención de la CPI, tras Omar al Bashir de Sudán y Muamar el Gadafi, de Libia.

<sup>73</sup> Aunque la Sala considera que las órdenes de captura son secretas para proteger a las víctimas y a los testigos y también para salvaguardar la investigación, sin embargo, “teniendo en cuenta que la conducta de que se trata en la presente situación supuestamente sigue en curso y que el conocimiento público de las órdenes de captura puede contribuir a la prevención de la comisión de nuevos delitos, la Sala consideró que es en interés de la justicia autorizar a la Secretaría a revelar

tamente responsables del crimen de guerra de deportación ilegal de menores y de su traslado ilegal desde zonas ocupadas de Ucrania a la Federación de Rusia, de conformidad con los artículos 8,2,a,vii y 8,2,b,viii del Estatuto de Roma. Las órdenes de arresto antes mencionadas se emitieron de conformidad con las solicitudes presentadas por la Fiscalía el 22 de febrero de 2023.

Según la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, los crímenes se cometieron presuntamente en territorio ucraniano ocupado, al menos a partir del 24 de febrero de 2022, existiendo motivos razonables para creer que el Presidente ruso tiene responsabilidad penal individual por los crímenes mencionados, (i) por haber cometido los actos directamente, junto con otros y/o a través de otros (artículo 25,3,a del Estatuto de Roma), y (ii) por no haber ejercido un control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que cometieron los actos, o permitieron su comisión, y que estaban bajo su autoridad y control efectivos, en virtud de una responsabilidad superior (artículo 28,b del Estatuto de Roma). Por su parte, la Sala considera igualmente que hay motivos razonables para creer que la Sra. Lvova-Belova tiene responsabilidad penal individual por los crímenes mencionados, por haber cometido los actos directamente, junto con otros y/o a través de otros (artículo 25,3,a del Estatuto de Roma).

La Sala de Cuestiones Preliminares II consideró, basándose en las solicitudes y las pruebas aportadas por la Fiscalía el 22 de febrero de 2023, que hay motivos razonables para creer que los sospechosos son responsables del crimen de guerra de deportación ilegal de menores y de su traslado ilegal desde zonas ocupadas de Ucrania a la Federación de Rusia<sup>74</sup>. La Fiscalía consideró que tales deportaciones demuestran la intención de sacar de manera permanente a los niños de su país y que no puede permitirse que sean tratados como un botín de guerra, por lo que hay que lograr que sean devueltos a sus familias y comunidades de ori-

---

públicamente la existencia de las órdenes de captura, el nombre de los sospechosos, los delitos por los que se expedirán las órdenes de captura y los modos de responsabilidad establecidos por la Sala". Cfr. International Criminal Court, 17 de marzo de 2023: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>.

<sup>74</sup> Aunque se desconoce el número exacto de niños ucranianos deportados a Rusia, las autoridades ucranianas lo cifraron en 16.221. El Parlamento europeo, en su Resolución de 29 de febrero de 2024, sobre la necesidad de un apoyo inquebrantable de la Unión a Ucrania tras dos años de guerra de agresión de Rusia contra Ucrania (2024/2526(RSP)), afirmó que "aproximadamente 20.000 niños ucranianos han sido deportados a la fuerza a Rusia y Bielorrusia o están retenidos en los territorios ocupados". Resolución del Parlamento Europeo de 29 de febrero de 2024, sobre la necesidad de un apoyo inquebrantable de la Unión a Ucrania tras dos años de guerra de agresión de Rusia contra Ucrania (2024/2526(RSP)). DOUE, C/2024/6745, de 26/11/2024.

gen. Además, la Fiscalía afirma igualmente que muchos de esos niños, en muchos casos sacados de orfanatos y hogares de acogida, fueron dados en adopción a su llegada a Rusia donde se **modificó la ley** para agilizar la concesión de la ciudadanía rusa, facilitando su adopción por familias rusas, afirmando, al respecto, que en el momento de la deportación, los niños ucranianos estaban protegidos por la Cuarta Convención de Ginebra<sup>75</sup>.

Rusia negó las acusaciones de crímenes de guerra a pesar de las evidencias aportadas por la Fiscalía de la CPI, el Gobierno ucraniano y por las investigaciones de distintos medios de comunicación y de organizaciones de derechos humanos, desestimando la decisión de la CPI, calificándola de “indignante e inaceptable”, así como “nula y sin valor para Rusia”<sup>76</sup>.

Es evidente que, dado que Rusia no es miembro de la CPI y que tampoco reconoce su jurisdicción, es altamente improbable que ambas detenciones puedan llevarse a cabo, ya que dicho Tribunal no dispone de una fuerza policial para detener a las personas que acusa. Estas sólo podrían producirse en el caso de que cualquiera de los acusados viajara a uno de los 125 países que forman parte de la CPI y estuviera dispuesto a proceder a su detención, o si hubiera un cambio de régimen en Rusia que posibilitara su extradición.

#### **IV. REFLEXIONES FINALES: POSIBLES SALIDAS PARA LA FINALIZACIÓN DEL CONFLICTO**

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo, Rusia avanza firmemente en los diversos frentes de batalla cuando está a punto de cumplirse el tercer año del inicio de la invasión a gran escala de Ucrania. Ciertamente el tiempo corre a favor de Rusia, y en contra de Ucrania, por el mayor desgaste sufrido y por su menor capacidad militar y demográfica.

Por otra parte, y ante la ya cercana llegada de Trump a la Casa Blanca el próximo 20 de enero, la presión diplomática se ha incrementado notablemente y ambas partes quieren llegar a una hipotética mesa de negociaciones en la mejor posición posible<sup>77</sup>. A ello se une el hecho de que algunos países occidentales se

---

<sup>75</sup> Cfr. International Criminal Court, 17 de marzo de 2023: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>

<sup>76</sup> Según el portavoz del Kremlin, Dimitri Peskov. Cfr. *El País*, 18 de marzo de 2023, p. 2.

<sup>77</sup> Sobre las distintas iniciativas de mediación para la resolución del conflicto presentadas durante el primer año y medio del mismo, *vid.* BERMEJO GARCÍA, R.: “La crisis ucraniana: el reto de

muestran cada vez más reticentes a seguir desembolsando grandes cantidades de recursos para apuntalar la maltrecha economía ucraniana y reforzar sus capacidades militares. Las grandes cantidades de recursos transferidos por Estados Unidos y los socios europeos<sup>78</sup> han servido para financiar la guerra pero no para ganarla. La aprobación en el pasado mes de abril del paquete de 61.000 millones de dólares por el Congreso norteamericano, tras el bloqueo republicano, ha demostrado ser insuficiente para revertir la situación sobre el terreno, y aunque parecía evidente de que ello no sería posible sin levantar las restricciones al uso de los misiles de medio y largo alcance en suelo ruso (ATACMS y Storm Shadows), se está mostrando igualmente como insuficiente a tal fin.

El ejemplo de los aviones F16 es ilustrativo de lo que ha sido la entrega condicionada y fraccionada de armas occidentales a Ucrania. A principios del presente mes de diciembre de 2024, Dinamarca, que ya había entregado seis F16 anteriormente a Ucrania, anunció la entrega de otros diecinueve cazas antes de finalizar el presente año. Este envío, sumamente importante para la defensa aérea y la destrucción de misiles rusos, se ha producido en el marco de una coalición liderada por Países Bajos y Dinamarca, a la que pertenecen igualmente Bélgica y Noruega (aunque el número total de aparatos se mantiene en secreto por razones de seguridad), y se encarga también del adiestramiento de pilotos ucranianos, cuestión de vital importancia.

Con los últimos avances en el campo de batalla, Rusia cree que está ganando la guerra por lo que será difícil que acepte cualquier tipo de negociaciones con Ucrania en términos que no estén próximos a la capitulación. Su estrategia de desgaste le está dando buenos resultados pues maximiza el número de bajas enemigas, aún asumiendo el alto coste en bajas propias, y puede apoyarse en su economía de guerra<sup>79</sup> para mantener el impulso militar sin sentir la necesidad de negociar confiando en que Ucrania se desangre hasta su rendición, mientras sobrevive a las sanciones y al apoyo occidental a Kiev.

---

las negociaciones de paz y el riesgo nuclear”, *AEDI*, N.º 40, 2024, pp. 17-32.

<sup>78</sup> Estados Unidos y los socios europeos (en particular la UE) han desembolsado desde el inicio de la invasión hasta el verano de 2024, la cantidad de 185.000 millones de euros para financiar a Ucrania, además de otros 100.000 pendientes de asignar. Cfr. FUENTE COBO, I.: “¿Mejor una buena guerra que una mala paz?”, *op.cit.*, p. 36.

<sup>79</sup> Cfr. PÉREZ GIL, L.V.: “Capacidades militares rusas y economía de guerra en el conflicto de Ucrania”, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Análisis*, N.º 48/2024, 9 de Julio de 2024.

Las nuevas propuestas occidentales sobre un potencial acuerdo negociado entre ambas partes, en el que Rusia mantendría el control *de facto*, pero no *de iure* del territorio que ocupa y Ucrania recibiría garantías de seguridad para el resto del territorio que controla, no implicarían en ningún caso reconocer la soberanía de Rusia sobre el territorio ocupado -lo que supondría una violación flagrante del orden jurídico internacional- sino una aceptación tácita de que esos territorios deberán ser recuperados posteriormente por medios diplomáticos. A tal efecto, podrían seguirse otros precedentes utilizados para gestionar situaciones complejas como las garantías de seguridad que Estados Unidos ofrece a Japón, que no alcanzan a las cuatro islas Kuriles, ocupadas por la antigua URSS en 1945 (administradas por Rusia actualmente) y que Japón reivindica como propias<sup>80</sup>.

Es cierto que esta opción ha sido hasta ahora rechazada por Ucrania, cuyas pretensiones pasaban por recuperar las fronteras de 2014, pero la disminución del apoyo militar occidental, el cansancio de sus opiniones públicas, la deriva desfavorable de la guerra y, sobre todo, la victoria de Trump en las últimas elecciones norteamericanas, que prometió terminar la guerra en veinticuatro horas, están haciendo cambiar progresivamente de opinión a Ucrania. Su propio presidente Volodimir Zelenski ya ha reconocido la imposibilidad de recuperar en el campo de batalla los territorios ocupados por Rusia al no disponer su Ejército de la fuerza necesaria para conseguirlo, reconociendo que está dispuesto a ceder territorios a Rusia de forma provisional a cambio del ingreso de Ucrania en la OTAN, o de firmes garantías de seguridad para el país. De alguna forma, ello nos recordaría el final de la guerra de Corea en 1953, en el que se decretó un alto el fuego entre las dos partes enfrentadas, aunque nunca se llegó a firmar la paz. Estados Unidos mantiene sus tropas y su garantía de seguridad a Corea del Sur, quedando el conflicto congelado durante estos setenta años.

Abandonado de forma progresiva el llamado “plan de la victoria”, presentado por el presidente ucraniano a finales de septiembre en Nueva York, que se basaba en obtener más ayuda financiera y militar occidental con el fin de mejorar su posición antes de iniciar unas hipotéticas negociaciones de paz con Rusia, pero reafirmando su pretensión de ingresar en la OTAN, se ha ido imponiendo una visión más realista, sobre todo tras la victoria de Trump.

Ucrania insiste, no obstante, que dada la experiencia nefasta de los acuerdos de Minsk, que llevaron a los países occidentales a apostar por una solución diplo-

---

<sup>80</sup> Cfr. FUENTE COBO, I.: ¿Mejor una buena guerra que una mala paz?, *op.cit.*, p. 39.

mática tras la anexión rusa de Crimea y la ayuda a los separatistas del Dombás en 2014, la única garantía de seguridad para una paz duradera es que la parte del territorio que todavía controla -aproximadamente las 4/5 partes del país- estén bajo el paraguas de la OTAN a través de su ingreso en la Alianza, cuestión rechazada por muchos aliados, o en último término la opción nuclear<sup>81</sup>. En este sentido conviene señalar que el Instituto Nacional de Estudios Estratégicos de Ucrania, elaboró recientemente un informe para el Ministerio de Defensa ucraniano en el que se afirma que el país tiene los recursos para producir en cuestión de meses una bomba nuclear táctica de baja intensidad, y que tiene el suficiente material radioactivo para fabricar un centenar de dichas bombas.

Ante esta hipotética pretensión, Rusia ya ha manifestado su oposición frontal a la posesión de armas nucleares por parte de Ucrania, rechazando otras opciones como el ingreso de dicho país en la OTAN, la instalación de bases militares de los aliados en suelo ucraniano o la realización de ejercicios militares con participación de tropas extranjeras en territorio ucraniano<sup>82</sup>. A pesar de que los aliados rechazan la posibilidad de un ingreso de Ucrania en la OTAN, y que el equipo de Trump no tiene ninguna intención de abrirle las puertas de la Alianza, Ucrania insiste en ello<sup>83</sup>, pero al final habrá de buscarse un plan alternativo si como todo parece indicar, la OTAN no invita a Ucrania a unirse a la Alianza.

Sin duda, habrá que prestar máxima atención a la nueva Administración Trump, una vez que el presidente electo tome posesión el próximo día 20 de enero de 2025. Además de afirmar que terminará la guerra en veinticuatro horas, pocos detalles concretos de cómo va a conseguirlo han trascendido hasta el

---

<sup>81</sup> Recordemos que Ucrania es uno de los pocos Estados que han renunciado a su armamento nuclear. En 1991, año en que alcanzó la independencia, Ucrania era la tercera potencia nuclear del mundo tras Rusia y Estados Unidos, pues contaba con varios centenares de misiles balísticos estratégicos y tácticos soviéticos, con sus cabezas nucleares, diseñados por la URSS para una guerra nuclear global. El Memorandum de Budapest, que en la práctica fue un tratado firmado en 1994 por Ucrania, Rusia, Estados Unidos y el Reino Unido, implicaba la devolución de este armamento por parte de Ucrania a Rusia a cambio de compromisos de seguridad que pasaban por el respeto de su integridad territorial.

<sup>82</sup> Estas condiciones para negociar por parte de Rusia fueron expuestas por el Ministro ruso de Asuntos Exteriores, Serguéi Lavrov, en una reciente entrevista con el comentarista norteamericano Tucker Carlson, emitida el pasado 5 de diciembre, afirmando además que Rusia emplearía todas las medidas necesarias para impedir una derrota.

<sup>83</sup> El actual ministro ucraniano de Asuntos Exteriores, Andrii Sibiga, escribió una carta a principios del presente mes de diciembre, dirigida a los 32 miembros de la OTAN en la que afirmaba que Ucrania no aceptaría alternativas, sustitutos o sucedáneos al pleno ingreso del país en la Alianza.

momento. Según la agencia de noticias Reuters<sup>84</sup>, Trump tiene previsto crear un grupo de trabajo para desarrollar su plan de paz, que todavía no ha sido concretado y publicado, aunque en última instancia, un acuerdo de paz probablemente dependerá de un compromiso personal directo entre Trump, Putin y Zelensky. Tan sólo, se conocen tres propuestas lanzadas desde el entorno de Trump, aunque todas excluyen la entrada en la OTAN y contemplan cesiones territoriales: la del general retirado Keith Kellogg, la del vicepresidente JD Vance, y la del ex jefe de inteligencia interino y embajador en Alemania en el primer mandato de Trump, Richard Grenell<sup>85</sup>.

La primera, la del general retirado Keith Kellogg<sup>86</sup>, a quien Trump ha nombrado recientemente “enviado especial” para Ucrania y Rusia, propone congelar la línea de frente, presionando a ambas partes a tal efecto: a Ucrania con la amenaza de cortarle el suministro de armas y a Rusia, con aumentar la ayuda a Ucrania. La garantía de seguridad ofrecida a Ucrania pasaría por incrementar de forma considerable el suministro de armas a dicho país. La segunda, la del vicepresidente JD Vance, que como senador se ha opuesto siempre a la ayuda militar a Ucrania, y que plantea crear una zona desmilitarizada en las actuales líneas de frente que estaría fuertemente fortificada para impedir nuevas incursiones rusas. La tercera, la del diplomático Richard Grenell, recientemente nombrado “enviado presidencial para misiones especiales”<sup>87</sup>, y que ha propuesto la creación de “zonas autónomas” en el Este de Ucrania, pero sin entrar en detalles.

En determinados medios europeos se vienen barajando otras opciones, además de las mencionadas de origen exclusivamente norteamericano, para desplegar un paraguas de seguridad en Ucrania, una vez finalizada la guerra y más allá del ingreso de dicho país en la OTAN, opción hoy por hoy altamente improbable por las razones expuestas. Sin lugar a dudas el gran debate durante los próximos meses será qué garantías de seguridad se le ofrecen a Ucrania<sup>88</sup>, no sólo para que

---

<sup>84</sup> “Trump’s plan for Ukraine comes into focus: NATO off the table and concessions on territory”. <https://www.reuters.com/world/trumps-plan-ukraine-comes-into-focus-territorial-concessions-nato-off-table-2024-12-04/>

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> La propuesta fue coescrita con el ex funcionario del Consejo de Seguridad Nacional Fred Fleitz y presentado a Trump a principios de 2024.

<sup>87</sup> Cfr. CNN. <https://cnnespanol.cnn.com/2024/12/14/estados-unidos/ric-grenell-enviado-presidencial-misiones-especiales-trax>

<sup>88</sup> En realidad, se trata de un debate que ya se viene dando desde el año pasado cuando ante la insistencia de Ucrania de reclamar el blindaje de la OTAN, un grupo de países, incluido España,

acepte el acuerdo sino también y sobre todo para garantizar su supervivencia ante la agresiva actitud de Rusia. Las posibles opciones, todavía sin consenso entre los aliados, pasan por desplegar tropas de paz europeas en el oeste de Ucrania, propuesta por el presidente francés Emmanuel Macron, con o sin participación de tropas norteamericanas, pero con el paraguas de Estados Unidos, u otro tipo de acuerdo pero garantizado por Washington y otras potencias europeas relevantes.

La UE<sup>89</sup>, que se ha destacado por su respuesta unida y decidida a Ucrania, a pesar de la postura obstrucciónista de Hungría, con cantidades que superan globalmente -aunque no en el ámbito estrictamente militar- a Estados Unidos, debe reivindicar un puesto en la mesa de las futuras negociaciones y no puede aceptar que estas se limiten a tres bandas: Trump, Putin y Zelenski.

Para finalizar, conviene señalar que tendremos que estar muy atentos a los acontecimientos de las próximas semanas, tanto anteriores como sobre todo posteriores, a la toma de posesión de Donald Trump, pero evidentemente el peor escenario sería que Ucrania se viera obligada a ceder territorios a Rusia bajo la amenaza de quedarse sin ayuda de Estados Unidos. Ante el hecho constatable de que actualmente la UE no puede sustituir por sí sola, al menos por el momento, el inmenso agujero negro que dejaría Estados Unidos en su ayuda a Ucrania<sup>90</sup>, se trataría de evitar a toda costa que dicho país sufriera con Trump un destino similar al de Checoslovaquia en 1938 cuando fue entregada por Francia y Reino Unido a la voraz Alemania nazi de Hitler. Fue una vergüenza entonces de terribles consecuencias, al constituir el preludio de la Segunda Guerra Mundial, pero también sería una vergüenza ahora, además de un pésimo presagio para el futuro de Europa.

Para finalizar, conviene señalar que tendremos que estar muy atentos a los acontecimientos de las próximas semanas, tanto anteriores como sobre todo posteriores, a la toma de posesión de Donald Trump, pero evidentemente el peor escenario sería que Ucrania se viera obligada a ceder territorios a Rusia bajo la amenaza de quedarse sin ayuda de Estados Unidos. Ante el hecho constatable de que actualmente la UE no puede sustituir por sí sola, al menos por el momento,

---

firmaron compromisos de seguridad con Ucrania, que se basan en garantías de sostén militar y económico a largo plazo.

<sup>89</sup> Más otros países europeos como Reino Unido o Noruega.

<sup>90</sup> Cfr. CASTILLA, J.C.: “Bomba de relojería: Ucrania en la UE, pero no en la OTAN”, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Análisis*, N.º 55/2024, 18 de Septiembre de 2024.

el inmenso agujero negro que dejaría Estados Unidos en su ayuda a Ucrania (<sup>91</sup>), se trataría de evitar a toda costa que dicho país sufriera con Trump un destino similar al de Checoslovaquia en 1938 cuando fue entregada por Francia y Reino Unido a la voraz Alemania nazi de Hitler. Fue una vergüenza entonces de terribles consecuencias, al constituir el preludio de la Segunda Guerra Mundial, pero también sería una vergüenza ahora, además de un pésimo presagio para el futuro de Europa.

---

<sup>91</sup> Cfr. CASTILLA, J.C.: “Bomba de relojería: Ucrania en la UE, pero no en la OTAN”, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), *Documento Análisis*, N.<sup>o</sup> 55/2024, 18 de Septiembre de 2024.

## ANEXO

### MAPA N° 1: SITUACIÓN DE UCRANIA EN EUROPA



Fuente: BBC

### MAPA N° 2: LA DESCOMPOSICIÓN DE LA URSS (1991)



MAPA N° 3: ANEXIÓN DE CRIMEA. INICIO DEL CONFLICTO DEL DOMBÁS (2014)



Fuente: BBC

MAPA N° 4: INICIO DE LA INVASIÓN A GRAN ESCALA (2022)



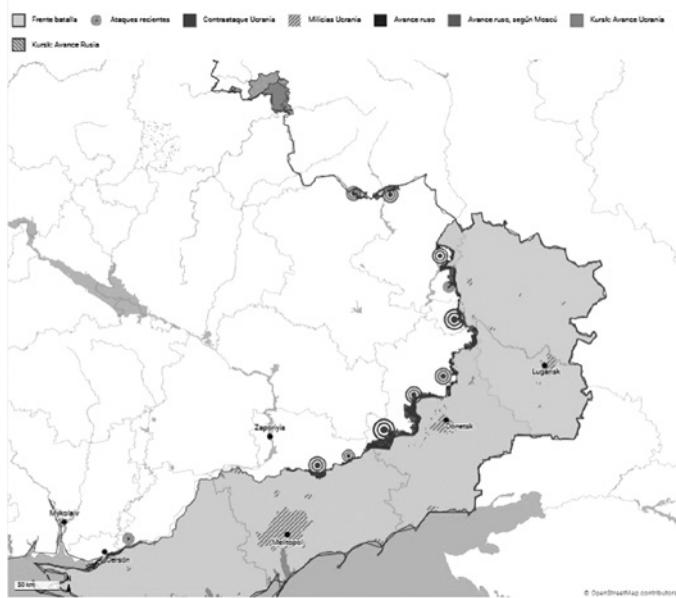
Fuente: El País Internacional

## MAPA N° 5: EVOLUCIÓN DEL CONFLICTO



Fuente: FRANCE24

## MAPA N° 6: SITUACIÓN ACTUAL DEL CONFLICTO (DICIEMBRE 2024)



Fuente: El País Internacional

## **ASIGNACIÓN Y PENSIÓN COMPENSATORIA**

Conferencia compartida por la  
Excmo. Sra. Dra. Doña Aurora López Azcona  
Académica de Número  
y la  
Ilma. Sra. Doña Ana Clara Belio  
Académica Correspondiente

Pronunciadas el 1 de junio de 2024

### **LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA EN CLAVE JURISPRUDENCIAL**

por la  
Excmo. Sra. Dra. Doña Aurora López Azcona  
Académica de Número

El objeto de esta sesión es abordar el examen de la asignación compensatoria, tal y como se articula en el art. 83 CDFA, prestando especial atención a la lectura que de dicho precepto han hecho los órganos judiciales.

No obstante, con carácter previo interesa advertir que, cuando la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres dio entrada en el Ordenamiento jurídico aragonés- a esta prestación económica junto a los demás efectos de la ruptura de pareja, el legislador no fue muy original a la hora de regularla. En su lugar, optó en buena medida por seguir las

pautas marcadas por los arts. 97 a 101 Cc para la pensión compensatoria, con sus aciertos y debilidades, ciertamente con algunas variantes. Entre ellas y como más relevante, su aplicación no sólo a las rupturas matrimoniales sino también a la de las parejas de hecho, estén o no constituidas como estables no casadas conforme a lo dispuesto en el art. 305 CDFA. Ello siempre que haya “hijos a cargo”, expresión esta que, por cierto, ha acotado la Ley 3/2024 de modificación del CDFA en materia de capacidad jurídica de las personas siguiendo en buena medida las pautas de la doctrina y jurisprudencia<sup>1</sup>. De no haberlos, el criterio de los órganos judiciales es excluir la aplicación del art. 83 CDFA, para acudir, en su lugar, al art. 97 Cc, circunscrito a las rupturas matrimoniales. En la jurisprudencia más reciente, acogen esta interpretación la STSJ Aragón de 18 enero 2023 y el ATSJ de Aragón de 5 octubre 2022. Por mi parte me permite discrepar de este criterio interpretativo, ya que da entrada a la aplicación supletoria del Código civil español<sup>2</sup>, cuando, a mi entender, esta laguna podría solventarse mediante la aplicación analógica del art. 83 CDFA con base en la identidad de razón, como así han hecho los tribunales aragoneses para hacer extensiva la compensación económica del art. 310 CDFA a las rupturas de parejas estables no casadas con hijos comunes, excluidas del ámbito de aplicación de la norma<sup>3</sup>. Con todo, no puede dejar de reconocerse que la solución a dar al caso concreto no distará mucho cualquiera que sea la norma, aragonesa o estatal, aplicada.

Junto a ello, en cuanto a las parejas estables no casadas -reguladas específicamente en los arts. 303 a 311 CDFA- conviene reparar en la confusión generada por la Ley 2/2010, por cuanto, de una parte, hizo extensiva la asignación compensatoria a cualquier ruptura de la convivencia -matrimonial o no, y ésta última no necesariamente constituida como pareja estable no casada- con hijos comunes a cargo; y, de otra, modificó la compensación económica regulada en el art. 7.1 de

---

<sup>1</sup> La Ley 3/2024 ha incorporado un nuevo apartado 4 al art. 75 CDFA en donde atribuye la calificación de “hijos a cargo” a los hijos comunes, tanto menores como mayores de edad en situación de dependencia, ya sea por razón de discapacidad o por encontrarse en la situación del artículo 69 CDFA (hijos mayores en formación y dependientes económicamente).

<sup>2</sup> Vid. en términos, igualmente, críticos C. BAYOD LÓPEZ, “La asignación compensatoria”, en AA.VV., *25 años de jurisprudencia aragonesa: el Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)* (coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 547-548. Suscribe, en cambio, tal interpretación jurisprudencial F. ZUBIRI DE SALINAS, “La asignación compensatoria en el Derecho civil aragonés: la visión jurisprudencial”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XXV, 2019, pp. 19-20.

<sup>3</sup> P.e. SAP Huesca núm. 133 de 7 diciembre 2018, SAP Teruel núm. 19 de 1 marzo 2016 y SAP Zaragoza núm. 849 de 29 diciembre 2017.

la Ley 6/1999 relativa a parejas estables no casadas para restringirla a las parejas sin hijos comunes, olvidando que ambas prestaciones obedecen a finalidades distintas (la compensación económica, el enriquecimiento injusto producido durante la convivencia; y la asignación compensatoria, el desequilibrio económico generado por la ruptura) y que, por tanto, son susceptibles de compatibilizarse. Esta discordancia, sin embargo, no fue advertida al refundir ambas leyes en el Código del Derecho Foral de Aragón, generando no pocas dudas en la práctica judicial<sup>4</sup>.

Para finalizar esta introducción sobre el marco normativo aplicable en Aragón en materia de prestaciones económicas derivadas de la ruptura, interesa señalar que el Código aragonés no reconoce un derecho indemnizatorio vinculado a la extinción del régimen de separación de bienes como el contemplado en el art. 1438 Cc -esto, es la compensación por trabajo doméstico-. A partir de ahí, la pregunta surge inevitable: ¿Significa ello que es de aplicación supletoria dicho precepto del Cc, como pretenden algunos órganos judiciales?<sup>5</sup> Personalmente entiendo que no, ya que, cuando el legislador aragonés optó en 2003 (Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad) por regular el régimen de separación de bienes, dedicó un precepto específico a la satisfacción de las necesidades familiares (actual art. 187 CDFA), en el que, partiendo de la obligación conjunta de ambos cónyuges a su contribución, contempló la posible contribución patrimonial y/o personal, sin que genere derecho a indemnización alguno. Esto es, fue opción del legislador excluir este derecho indemnizatorio.

---

<sup>4</sup> Buena prueba de la confusión existente lo constituye el *iter* procesal del que trae causa la STSJ de Aragón 10 junio 2016. En una ruptura de pareja de hecho con hijo común a cargo, la mujer solicitó en su demanda una compensación económica con base en el art. 310.1.b CDFA que fue desestimada en primera instancia. En el recurso de apelación interpuesto por la actora se rebatió específicamente la valoración de la prueba por el Juzgado sobre los requisitos de dicho precepto. Sin embargo, la sentencia dictada en segunda instancia le concedió, aunque sin mencionar explícitamente el art. 83 CDFA, una asignación compensatoria, ya no sólo por la propia denominación utilizada, sino -según interpreta el TSJ de Aragón- porque los parámetros que examinó son los que llevan a determinar la existencia de un desequilibrio generado por la ruptura. Recurrida dicha sentencia en casación por el demandado por considerar infringidos ambos preceptos, el TSJ de Aragón no entra en valorar la infracción del art. 310 por entender que tal precepto no ha sido aplicado por la AP Zaragoza, para centrarse, en su lugar, en el examen del art. 83 –“aplicable también a las parejas no casadas [...] existiendo hijos a cargo”, clarifica el TSJ- que, finalmente, no considera infringido.

<sup>5</sup> P.e. SAP de Zaragoza núm. 278 de 17 julio 2023 y SAP de Huesca núm. 30 de 26 enero 2024.

Por ello, entiendo que no procede darle entrada vía aplicación supletoria del art. 1438 Cc y más cuando su virtualidad actual es muy discutida<sup>6</sup>.

## 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Ya centrándonos en la asignación compensatoria, el art. 83.1 CDFA la define, de modo prácticamente coincidente con el art. 97.1 Cc, como aquella asignación a percibir por “el progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia”.

Esta noción legal ha sido perfeccionada por la jurisprudencia (por todas, SAP de Zaragoza núm. 185 de 21 abril 2015) para definirla de modo más preciso como aquella *prestación* patrimonial, no necesariamente pecuniaria ni periódica, dirigida a compensar la desigualdad que la ruptura de la convivencia, matrimonial o no, genere en la situación de los cónyuges o convivientes, correspondiendo específicamente a aquel que queda en notoria peor situación respecto de la detenida por el otro y disfrutada durante la convivencia.

Por añadidura, aquí interesa reparar en la lectura correctora de que ha sido objeto el art. 83.1 CDFA por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (entre otras, SSTJ de Aragón de 30 diciembre 2011, 4 enero 2013 y 25 junio 2014) en el sentido de interpretar que tal precepto exige realmente atender a la situación existente “en la convivencia” -como prevé el art. 97 Cc- y no a la situación anterior a la misma como establece literalmente el Código foral aragonés. Por su parte, las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma no siguen un criterio uniforme, pudiendo identificar algunas sentencias que acogen literalmente la doctrina del TSJ de Aragón (SAP de Zaragoza núm. 154 de 15 marzo 2016) y otras que se pronuncian a favor de tomar en consideración “también” la situación previa a la convivencia (SAP de Teruel núm. 27 de 13 febrero 2020 y SSAP de Zaragoza núm. 106 de 20 marzo 2019 y núm. 326 de 16 noviembre 2020).

En cuanto a su naturaleza jurídica, el TSJ de Aragón no se ha mostrado muy proclive a manifestarse al respecto, para, en su lugar, declarar que la asignación compensatoria tiene la misma naturaleza que la pensión compensatoria del

---

<sup>6</sup> Por todos, P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, “Disfunciones en la interpretación Jurisprudencial del artículo 1438 del Código Civil: el riesgo de duplicidad valorativa del trabajo para la casa en el régimen económico matrimonial de separación de bienes”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 17, 2022, pp. 538-599.

Código civil. Ello con una salvedad, la STSJ de Aragón de 1 febrero 2016 que la califica, en línea con la doctrina sentada por la STS de 22 junio 2011, de “prestación singular con características propias” que la alejan de la prestación alimenticia, pero también de la indemnizatoria o compensatoria.

La jurisprudencia menor ha manifestado, sin embargo, mayor interés sobre esta cuestión. Sí coinciden todas las sentencias en negarle naturaleza alimenticia, ya que “no atiende al concepto de necesidad” inherente a las pensiones de alimentos o lo que es lo mismo, no se dirige “a subvenir a las necesidades” de uno de los cónyuges o convivientes (entre otras, SAP de Zaragoza núm. 379 de 8 noviembre 2023). Pero, a partir de ahí las Audiencias Provinciales no se ponen de acuerdo cara asignarle una concreta naturaleza jurídica. De este modo, puede identificarse una primera línea jurisprudencial que le atribuye naturaleza propia o específica (SAP de Zaragoza núm. 11 de 21 enero 2019). En cambio, una segunda línea jurisprudencial le reconoce carácter indemnizatorio “del daño objetivo causado por la pérdida de expectativas que el matrimonio [o pareja] y la dedicación a la familia haya supuesto” (SAP de Zaragoza núm. 613 de 10 diciembre 2015) o, en su caso, compensatorio del desequilibrio económico generado por la convivencia (SAP de Zaragoza núm. 185 de 1 julio 2020 y SAP de Huesca núm. 13 de 29 enero 2020).

Por mi parte, creo que puede defenderse su naturaleza compensatoria, entendiendo tal término con el doble significado que le atribuye el diccionario RAE, esto es, de “resarcimiento” y de “nivelación”. Y es que, a mi juicio, con dicha prestación se trata de indemnizar a uno de los cónyuges o convivientes por un hecho objetivo como es el perjuicio económico que le ha generado la ruptura -entendido como empeoramiento respecto de la posición económica del otro y la detentada en la convivencia- y, de este modo, nivelar -que no igualar- la posición económica de ambos.

## 2. FINALIDAD

No obstante, más allá de esta falta de criterio uniforme sobre su naturaleza jurídica, creo que lo verdaderamente relevante respecto a la asignación compensatoria radica en precisar la concreta finalidad que persiguió el legislador aragonés a la hora de incorporar en nuestro Derecho una prestación equivalente a la del art. 97 Cc en 2010 y, por ende, transcurridas casi dos décadas desde su inclusión en el Ordenamiento estatal por la Ley 30/1981 y, por ende, en una situación social muy distinta de la actual.

Esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia, efectuando una lectura integradora del aptdo. 1 del art. 83 CDFA con su aptdo. 2 relativo a los criterios a ponderar para fijar su duración y cuantía, que particularmente comparto. Así, en atención a la mayoría los parámetros contemplados en este 2º apartado -en particular, edad del solicitante, perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado de trabajo; edad de los hijos, funciones familiares desempeñadas por los padres; y duración de la convivencia-, los tribunales aragoneses interpretan -al igual que el Tribunal Supremo respecto de la pensión compensatoria- que la asignación compensatoria no persigue compensar sin más el desequilibrio económico que a uno de los cónyuges o convivientes puede provocar la ruptura de la convivencia, como resulta literalmente del art. 83.1. Más bien, se dirige a compensar a aquel de los dos que, tras la ruptura, queda en una situación más débil, vinculada a la pérdida de oportunidades económicas y/o profesionales que ha traído consigo su mayor dedicación a la familia durante la convivencia. De este modo, se trata de facilitar al perceptor el tránsito a la independencia económica tras la ruptura en función de sus propias capacidades y aptitudes<sup>7</sup>. Por tanto, como sostiene el TSJ de Aragón (Sentencias de 1 febrero 2016, de 7 marzo 2018, de 27 marzo 2018, de 30 mayo 2018, de 11 septiembre 2018, de 2 septiembre 2020, de 18 enero 2023 y de 26 enero 2023), la asignación no puede entenderse como una garantía vitalicia de sostenimiento, pero tampoco como un mecanismo dirigido a la equiparación o igualación de los patrimonios de los cónyuges o convivientes.

A partir de ahí, resulta inevitable cuestionarse la vigencia actual de una prestación de tales características. Certo que el Código del Derecho Foral de Aragón no distingue entre sexos en cuanto a su atribución. Pero en la práctica sucede, sin embargo, que la inmensa totalidad de las demandas proceden de mujeres y,

---

<sup>7</sup> Así, la STSJ Aragón 29 junio 2015 se refiere a “colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura [...] en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”, afirmación que reproducen, en la jurisprudencia menor, p.e. la SAP Huesca núm. 30 de 18 febrero 2016 y las SSAP Zaragoza núm. 175 de 21 abril 2015, núm. 661 de 29 diciembre 2015, núm. 436 de 5 julio 2016, núm. 425 de 13 junio 2017, núm. 771 de 28 noviembre 2017, núm. 295 de 21 mayo 2018 y núm. 203 de 9 julio 2020. Para la STSJ Aragón 16 octubre 2015, se trata de “compensar los sacrificios realizados a la familia y con merma de sus ingresos”. La STSJ de Aragón 21 diciembre 2017 declara que el desequilibrio a restablecer ha de tener su “punto de partida en la especial dedicación a la familia que le hubiera provocado detrimiento en sus expectativas profesionales”. De modo similar, la SAP Huesca núm. 69 de 30 mayo 2018 habla “de compensar el desequilibrio que el matrimonio le puede suponer a uno de ellos por su dedicación a la familia” y la SAP Zaragoza núm. 70 de 21 febrero 2020 de “compensar la pérdida de oportunidades económicas o profesionales por su mayor dedicación a la familia”.

además, obedecen a un mismo modelo familiar -el modelo tradicional- todavía no superado en nuestra sociedad, pese a la progresiva incorporación de la mujer a la vida laboral<sup>8</sup>. De este modo, de la lectura de las sentencias se colige una cierta resistencia por ambos cónyuges o convivientes, cualquiera que sea su edad, a modificar sus roles dentro de la estructura familiar, de tal manera que el varón sigue siendo el principal o único suministrador de ingresos, mientras que la mujer asume la tarea de cuidar a la familia, en muchas ocasiones renunciando a su trabajo o, al menos, reduciendo de modo considerable su jornada laboral.

Por todo ello, de momento no me parece razonable suprimir la asignación compensatoria, como abogan algunos<sup>9</sup>, sin antes avanzar en la consecución de la plena paridad y corresponsabilidad, fundamentalmente a través de políticas públicas que favorezcan la distribución igualitaria de los roles familiares entre hombres y mujeres, pero también con la necesaria implicación de los empleadores en aras de la consecución de una mayor conciliación, así como obviamente de los propios protagonistas. Entretanto, creo que debe abogarse por una aplicación limitativa de esta prestación<sup>10</sup>, tanto respecto a su duración como a su contenido, para evitar que se sigan perpetuando en las generaciones futuras situaciones de dependencia entre perceptor y pagador, pero también posibles situaciones abusivas.

---

<sup>8</sup> Suscribo así la declaración de la STSJ Aragón 10 diciembre 2015, según la cual “el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar precisamente es el patrón que produce ordinariamente las situaciones de desequilibrio a la que atiende la norma del art. 83”. Sobre la progresiva incorporación de la mujer al trabajo en España, fundamentalmente a partir de las reformas legislativas acaecidas en los años 80 del pasado siglo al objeto de dar cumplimiento al principio de igualdad del art. 14 CE, recomiendo la lectura de , M.G. MILLÁN-VÁZQUEZ DE LA TORRE, M. SANTOS-PITA y L. PÉREZ-NARANJO: “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de Población*, vol. 21, núm. 84, 2015, pp. 197-225.

<sup>9</sup> Vid., entre otros, P. GUTIÉRREZ SANTIAGO y J.A. GARCÍA AMADO, “La vida marital como causa de extinción de la pensión compensatoria (paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código civil)”, *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 6, 2013, p. 26; y G. MUÑOZ RODRIGO: “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital: significado y finalidad”, *AJI*, núm. 8 bis, 2018, p. 361. Por mi parte, comparto la siguiente reflexión de A. GONZALO VALGAÑÓN, “Reflexiones en torno a la pensión compensatoria”, *Aequitas*, núm. 3, 2000 “cuando la sociedad sea igualitaria con ambos sexos, perderá su sentido esta pensión, tanto para las mujeres como para los hombres. Pero no actualmente”. Se expresa en términos similares F. ZUBIRI DE SALINAS, “La asignación”, cit., p. 32.

<sup>10</sup> Sustentan la misma opinión respecto de la pensión compensatoria , M. DEL M. MANZANO FERNÁNDEZ, “Una nueva perspectiva”, cit., p. 408; y J. PÉREZ OLLEROS-SÁNCHEZ-BORDONA, *La pensión compensatoria*, AEFA-opinión, 2016, p. 17 (URL: [https://www.aeafa.es/files/aeafa/imagenes\\_propias/2016\\_11\\_26\\_pension\\_compensatoria.pdf](https://www.aeafa.es/files/aeafa/imagenes_propias/2016_11_26_pension_compensatoria.pdf)).

### **3. EL DESEQUILIBRIO ECONOMICO COMO PRESUPUESTO ESENCIAL**

En todo caso, el art. 83.1 CDFA, de modo coincidente con el art. 97.1 Cc, se refiere al desequilibrio económico como presupuesto esencial para que nazca a favor de un cónyuge o conviviente el derecho a percibir del otro la asignación compensatoria.

A partir de ahí, el precepto no clarifica qué debe entenderse por tal desequilibrio, pero sí lo matiza en relación a dos notas caracterizadoras:

1º.- Que debe ser apreciado en relación con la posición del otro.

2º. Literalmente, que debe implicar un empeoramiento en la situación económica del solicitante anterior a la convivencia; entiéndase, situación existente la convivencia, de acuerdo con la lectura correctora del TSJ de Aragón ya reseñada y, por lo demás, coincidente con la dicción del art. 97.1 Cc.

El CDFA exige, por tanto, al igual que el Cc, una doble confrontación para determinar la existencia de desequilibrio (como afirman, entre otras, la STSJ de Aragón de 26 enero 2023 y la SAP de Zaragoza núm. 379 de 3 noviembre 2023). De una parte, de la situación económica entre los cónyuges o convivientes; y de otra, de la situación económica durante la convivencia con la existente tras la ruptura.

De esto modo, como clarifica la jurisprudencia (SAP Zaragoza núm. 185 de 21 abril 2015), solo puede hablarse de desequilibrio cuando el solicitante experimente una “importante pérdida de nivel de vida” respecto del disfrutado durante la convivencia y, además, cuando su estatus económico tras la ruptura sea “notablemente inferior” al disfrutado por el otro.

Por añadidura, conforme a la concepción subjetivista del desequilibrio que han acogido los tribunales aragoneses, constituyen elementos integrantes del mismo las diversas circunstancias enunciadas en el art. 83.2 CDFA, más allá del papel que les reserva este precepto cara la fijación de la duración y la cuantía de la asignación compensatoria<sup>11</sup>. De ello resulta, por tanto, que tal prestación no se

---

<sup>11</sup> Vid. p.e. las SSTSJ Aragón 1 febrero 2016, 12 septiembre 2019 y 2 septiembre 2020. En la jurisprudencia menor, la SAP Huesca núm. 150 de 13 julio 2017 y las SSAP Zaragoza núm. 771 de 28 noviembre 2017, núm. 175 de 27 marzo 2018, núm. 286 de 21 mayo 2018, núm. 314 de 28 mayo 2018, núm. 71 de 25 febrero 2019, núm. 252 de 23 septiembre 2020, núm. 296 de 26 octubre 2020 y núm. 306 de 3 noviembre 2020.

Sobre la tesis objetivista y subjetivista de la noción de desequilibrio vid., entre otros, A.C. BELÍO

dirige a compensar cualquier desequilibrio económico, sino el que trae causa de la pérdida de expectativas profesionales y económicas por parte del cónyuge o conviviente más perjudicado por la ruptura, por su mayor dedicación al cuidado de la familia durante la convivencia<sup>12</sup>.

Es más, tal interpretación de la causa determinante del desequilibrio económico ha sido objeto de una serie de precisiones adicionales por parte de la jurisprudencia, a saber:

1ª.- Resulta irrelevante el desequilibrio económico generado por la concurrencia durante la convivencia de causas ajenas a la mayor dedicación a la familia, tales como “la desordenada planificación económica” del matrimonio o la pareja” (SAP de Zaragoza núm. 436 de 5 julio 2016), la declaración de concurso de la empresa familiar de la que era administradora” la demandante (SAP de Huesca núm. 28 de 27 febrero 2015), “la enfermedad padecida por la esposa” (STSJ de Aragón de 12 septiembre 2019) o la “diferente cualificación profesional consecuencia de las propias aptitudes de cada uno” (STSJ de Aragón de 21 diciembre 2017).

Ahora bien, los dos últimos factores, esto es, el precario estado de salud y la falta de cualificación profesional del perceptor sí deben tomarse en consideración a los efectos de la adecuada realización del juicio prospectivo sobre las posibilidades de superación del desequilibrio económico causado por la ruptura.

2ª.- La dedicación preferente o exclusiva a la familia por parte de uno de los cónyuges o convivientes ha debido ser consensuada con el otro (SSTSJ de Aragón de 10 diciembre 2015 y de 2 septiembre 2020).

---

PASCUAL, *La pensión compensatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 74-76; y A.I. BERROCAL LANZAROT, “Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España”, *AJI*, núm. 5 bis, 2016, pp. 23-34.

<sup>12</sup> Adoptan esta interpretación las SSTSJ Aragón 5 noviembre 2014 y 10 diciembre 2015. En la jurisprudencia menor, entre otras, las SSAP Huesca núm. 28 de 27 febrero 2015 y núm. 30 de 18 febrero 2016; y las SSAP Zaragoza núm. 514 de 27 enero 2015, núm. 175 de 21 abril 2015, núm. 279 de 17 mayo 2016, núm. 436 de 5 julio 2016, núm. 628 de 25 octubre 2016, núm. 733 de 29 noviembre 2016, núm. 319 de 3 mayo 2017, núm. 420 de 13 junio 2017, núm. 651 de 10 octubre 2017, núm. 771 de 28 noviembre 2017, núm. 159 de 27 marzo 2018, núm. 473 de 10 octubre 2018, núm. 66 de 19 febrero 2020, núm. 185 de 1 julio 2020 y núm. 296 de 26 octubre 2020.

Por lo demás, sustenta el mismo criterio la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pensión compensatoria, según hace constar J.R. DE VERDA Y BEHAMONTE, “Presupuestos de la compensación: La noción de desequilibrio económico”, en AA.VV., *La compensación por desequilibrio en la separación y divorcio: Tratado práctico interdisciplinar* (dtr. J.R. de Verda), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 4.

3<sup>a</sup>.- El hecho de que cada cónyuge o conviviente haya tenido un trabajo independiente durante la convivencia no es obstáculo para que pueda fijarse una asignación, si existe desequilibrio en el momento de la ruptura generado por la mayor dedicación a la familia (STSJ de Aragón 20 junio 2018).

4<sup>a</sup>.- La diferencia de ingresos entre los cónyuges o convivientes no resulta una circunstancia determinante de desequilibrio, salvo que sea sustancial o notoria, que no abismal (STSJ de Aragón de 26 enero 2023).

Partiendo de esta premisa, los tribunales aragoneses abordan la cuestión de la diferencia de ingresos de modo no absolutamente coincidente. Así, una primera línea jurisprudencial tiene en cuenta esta circunstancia, a los efectos de reconocer la asignación compensatoria, siempre que traiga causa del sacrificio asumido por el solicitante en pro de la familia con la consiguiente merma de sus expectativas profesionales (STSJ de Aragón de 16 octubre 2015 y SSAP de Zaragoza núm. 66 de 19 febrero 2020 y núm. 316 de 9 noviembre 2020). Sin embargo, otra línea jurisprudencial es partidaria de fijar la asignación en atención exclusivamente a la disparidad de ingresos, aun sin pérdida de proyección laboral (SSAP de Zaragoza núm. 815 de 19 diciembre 2017 y núm. 86 de 9 marzo 2020).

5<sup>a</sup>.- La mayor dedicación a la familia es causa de desequilibrio, siempre que haya supuesto una pérdida de legítimas expectativas laborales al cónyuge o conviviente.

Puede mencionarse, a título de ejemplo, la SAP Zaragoza núm. 203 de 9 julio 2020 que deniega la asignación compensatoria solicitada por la mujer, ya que, aunque es clara su mayor dedicación a la familia debido a los constantes viajes de su pareja al extranjero por motivos laborales durante los tres últimos años de los diez que ha durado la convivencia, “no se ha acreditado la pérdida de oportunidades económicas por esta circunstancia”.

6<sup>a</sup>.- La merma de oportunidades económicas abarca no sólo la pérdida de percepción de ingresos procedentes del trabajo, sino también de los derechos vinculados a la cotización a la Seguridad Social (entre otras, SAP de Huesca núm. 160 de 8 noviembre 2016 y SAP de Zaragoza núm. 117 de 25 mayo 2020).

y 7<sup>a</sup>.- La compensación por desequilibrio no es incompatible con la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial por el que se haya regido, en su caso, el matrimonio (SAP de Zaragoza núm. 147 de 28 febrero 2017).

En todo caso, según clarifica el TSJ de Aragón en su Sentencia de 25 junio 2014, el desequilibrio económico que da derecho a la asignación compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y, por tanto, derivarse de la misma,

sin que sean relevantes a tales efectos los acontecimientos posteriores. Puede mencionarse a título de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 493 de 5 noviembre 2018 que deniega una asignación compensatoria que, tras la separación de mutuo acuerdo con renuncia de ambas partes a la misma, solicita la mujer en el proceso de divorcio, alegando “otro hecho posterior y ajeno a la ruptura matrimonial” como es su ulterior despido.

#### **4. MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO**

En cuanto a las posibles modalidades de cumplimiento, el art. 83.3 CDFA reproduce la solución adoptada por el art. 97 Cc en su reforma de 2005. De este modo, el cumplimiento de la asignación compensatoria puede realizarse por dos vías diferentes: con carácter periódico o como única entrega. No obstante, el cuerpo legal aragonés incorpora dos precisiones adicionales: primera, que la asignación podrá tener cualquier contenido patrimonial, no necesariamente pecuario; y segunda, que cualquiera que sea la modalidad adoptada debe permitir el cumplimiento de su finalidad.

A partir de ahí, personalmente me inclino, al menos en un plano teórico, por priorizar la prestación única, por considerarla más acorde a la naturaleza compensatoria que defiendo. Es más, en los términos en que se expresa el art. 83.3 CDFA (“cualquier contenido patrimonial”), cabe configurar tal asignación en términos de gran amplitud, permitiendo al pagador verificar su cumplimiento no sólo en virtud del pago de una suma de dinero, sino mediante la atribución de ciertos bienes cuyo valor cubra el montante del desequilibrio a compensar o, incluso, mediante la constitución de un derecho real de disfrute. Y es que, a mi entender, esta forma de cumplimiento permite conjugar los diferentes intereses en juego: de una parte, el del perceptor de reintegrarse en el mercado laboral y así recuperar su independencia económica en un tiempo razonable; y, por otra parte, el del pagador de reorganizar su economía en el mismo momento de la ruptura, evitando *ad futurum* litigios innecesarios. Con todo, es innegable que hay supuestos en que, fundamentalmente en atención a la elevada edad y/o el delicado estado de salud del perceptor, resulta más acorde a la finalidad de la asignación y, además, más equitativo configurarla como una pensión, aun indefinida en casos singulares en los que se revele imposible superar el equilibrio en un tiempo determinado. Ello sin olvidar que puede suceder que la propia situación patrimonial del pagador no le permita acometer esta forma de cumplimiento, fundamentalmente por carecer de otros recursos que los derivados de sus ingresos del trabajo.

Ahora bien, más allá de estas reflexiones personales, lo cierto es que la concreta modalidad de asignación que se fije en cada caso pertenece al ámbito de la justicia rogada, de tal manera que corresponde al solicitante (o, en su caso, a ambas partes de mutuo acuerdo) concretar en el oportuno procedimiento aquella por la que opta, quedando así reducido el margen del juzgador a concretar su cuantía y, en su caso, duración.

Sucede, sin embargo, que la lectura de la jurisprudencia revela que, en la práctica, las pretensiones de las partes se reducen exclusivamente a la obtención de una pensión pecuniaria a pagar mensualmente, sin cuestionarse si esta modalidad de asignación resulta acorde o no a la finalidad perseguida por la misma, tal como exige el art. 83.3 CDFA.

## 5. DURACIÓN

### 5.1. Previo

En cuanto a su duración, el art. 83.2 CDFA coincide con el art. 97.1 Cc reformado en 2005, en atribuirle naturaleza temporal o indefinida, entiéndase cuando se configura como prestación periódica.

Obviamente, como clarifica la jurisprudencia (entre otras, SAP de Zaragoza núm. 52 de 7 febrero 2024), la elección entre uno u otro carácter dependerá de las concretas circunstancias de cada caso y, en especial, de aquellas que permitan valorar la idoneidad (o no) del perceptor para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es necesario prolongar más allá su percepción (según matiza la SAP de Zaragoza núm. 368 de 2 noviembre 2023). Ello se traduce en la práctica, de acuerdo con la jurisprudencia (SSTSJ Aragón 11 enero 2012, 10 diciembre 2015, 27 marzo 2018 y 11 septiembre 2018), en la necesaria realización de un juicio prospectivo o de pronóstico por parte del juzgador “con prudencia y ponderación” sobre las posibilidades que tiene el beneficiario de remontar el desequilibrio que le ha causado la ruptura matrimonial o la convivencia. De este modo, sólo si el juzgador, en atención a los factores concurrentes, alcanza la certidumbre -en el sentido de “probabilidad alta”, no de “certeza absoluta”, según matizan las SSTSJ Aragón 10 diciembre 2015, 27 marzo 2018 y 30 mayo 2018<sup>13</sup> de que va a ser posible restablecer el

---

<sup>13</sup> Se expresa en términos similares, con base en la jurisprudencia del TS sobre la pensión compensatoria M. DEL M. MANZANO FERNÁNDEZ, “Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria”, *RCDI*, núm. 742, 2014, p. 402.

equilibrio económico entre los cónyuges o convivientes en un tiempo concreto, podrá establecer un límite temporal a la prestación. A partir de ahí, como afirma la SAP de Zaragoza núm. 52 de 7 febrero 2024, el plazo habrá de estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio.

En cualquier caso, tal función corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia, sin que sea revisable en casación salvo que resulte absolutamente infundada o arbitraria, tal y como viene declarando el TSJ de Aragón en jurisprudencia reiterada (SSTSJ Aragón 11 enero 2012, 25 junio 2013 1 julio 2013, 5 noviembre 2014, 10 diciembre 2015, de 7 marzo 2018, de 20 junio 2018, de 10 octubre 2019 y de 20 diciembre 2019).

## **5.2. La temporalidad como opción judicial prioritaria**

En cualquier caso, el examen de la jurisprudencia revela la opción preferente de los órganos judiciales aragoneses por la temporalidad de la asignación compensatoria siempre que cumpla su función reequilibradora, planteamiento que personalmente comparto.

En concreto, de las más de doscientas sentencias dictadas en los últimos años por las Audiencias Provinciales con sede en Aragón favorables al reconocimiento de la asignación compensatoria, unos 2/3 le atribuyen carácter temporal. Acuden para ello, como regla, a la fijación de un plazo determinado, ciertamente cada vez más breve. Es más, este criterio favorable al carácter temporal de la asignación compensatoria se ha visto ratificado por el TSJ de Aragón, toda vez que en las diferentes sentencias que ha dictado al respecto desde la entrada en vigor de la Ley 2/2010 no ha hecho sino confirmar los plazos de duración fijados por los tribunales de instancia, por no considerarlos arbitrarios o ilógicos, sino fruto de una ponderada valoración de los diversos parámetros previstos en el art. 83.2 CDFA y otros adicionales incorporados jurisprudencialmente<sup>14</sup>.

Las razones que esgrimen los órganos judiciales para apuntalar tal criterio tienen que ver con la idea de que la asignación compensatoria no es una garantía

---

<sup>14</sup> En particular, las SSTSJ Aragón de 11 enero 2012, 26 junio 2018, 30 mayo 2018, 11 septiembre 2018 ,10 octubre 2019, 2 septiembre 2020 y 4 septiembre 2020 se pronuncian en sentido desestimatorio y, por tanto, confirman los fallos de las sentencias de apelación atinentes a la duración temporal de la asignación compensatoria. Por su parte, las SSTSJ Aragón 27 junio 2016, 27 marzo 2018 y 12 septiembre 2019 se pronuncian en sentido estimadorio, para anular las sentencias recurridas y, en su lugar, confirmar los pronunciamientos de primera instancia -todos ellos favorables a la temporalidad-, por considerar que son estos, y no las sentencias de apelación, los que han realizado una valoración acertada de los criterios legales.

vitalicia de sostenimiento ni se dirige a perpetuar el nivel de vida que se venía disfrutando durante la convivencia. Pero junto a ello, existen otros argumentos que, a mi entender, avalan la duración temporal de la asignación, como regla. Entre ellos, como esencial, la propia independencia y dignidad de la persona del perceptor (de la mujer, en definitiva) que no deja de quedar intensamente condicionada por el hecho de cobrar una pensión de una persona con la que ha dejado de integrar una comunidad de vida e, incluso, cuya relación tras la ruptura ha podido devenir muy problemática. Pero también la necesidad de evitar situaciones abusivas, ya que el carácter indefinido de la asignación puede llegar a convertirse, en algunas ocasiones, en una carga excesivamente gravosa para el pagador, particularmente tras su jubilación, con el consiguiente enriquecimiento injusto para el perceptor que, -insisto- en la medida de lo posible, debe procurarse su independencia económica.

En todo caso, los tribunales aragoneses coinciden en valorar como circunstancias que aconsejan limitar temporalmente la asignación compensatoria la breve duración del matrimonio o convivencia *de facto*, la juventud del solicitante, su cualificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo, su actitud en la búsqueda de empleo<sup>15</sup>, la diferencia actual de ingresos y la liquidación, en su caso, del régimen consorcial.

Por añadidura, es doctrina jurisprudencial reiterada que la duración de la asignación no debe guardar estricta proporcionalidad con la duración del matrimonio o de la convivencia<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Sirva de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 340 de 6 junio 2018 que fija una pensión de 400 € mensuales durante 3 años, en atención a las siguientes circunstancias: 44 años, matrimonio de 11 años, dedicación a familia tras nacimiento hijos, cualificación profesional y aptitud para el trabajo. E igualmente, la SAP de Zaragoza núm. 117 de 25 mayo 2020 que fija una pensión de 500 € mensuales durante 5 años, en atención a los siguientes datos: 44 años, matrimonio de 18 años, dedicación al trabajo en empresa familiar del cónyuge sin cotizar, carencia actual de ingresos y edad de los hijos -11 y 13 años- respecto de los que se le ha atribuido la custodia compartida.

Respecto a la actitud en la búsqueda de empleo, interesa reparar a este respecto en la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en línea con el Tribunal Supremo, según la cual la pasividad del solicitante “resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo”: SSTSJ de Aragón de 27 marzo 2018 y 30 mayo 2018.

<sup>16</sup> SSTSJ de Aragón 27 junio 2016 y 27 marzo 2018 y, en la jurisprudencia menor, SAP de Zaragoza núm. 314 de 28 mayo 2018.

### **5.3. El carácter indefinido como medida excepcional**

Con todo, al margen de esta preferencia judicial por la temporalidad de la asignación, el art. 83.2 CDFA deja abierta la posibilidad de configurar la asignación como una pensión indefinida. Ahora bien, en la práctica judicial tal opción es acogida muy excepcionalmente y, en particular, cuando concurren una serie de circunstancias que permitan constatar la falta de idoneidad del perceptor para superar el desequilibrio económico en tiempo determinado, en especial, su elevada edad y delicado estado de salud y, junto a ello, la larga duración del matrimonio o convivencia, su dedicación preferente o exclusiva -lo más habitual- al cuidado de la familia y su falta de cualificación profesional<sup>17</sup>.

En cualquier caso, tal carácter indefinido no debe entenderse, en interpretación del TSJ de Aragón (Sentencia de 30 diciembre 2011), como sinónimo de “vitalicio”, sino en el sentido de que “no tiene un límite temporal concreto, pero que puede serle fijado en un momento determinado”. Ello explica que el art. 83.4 CDFA permita su revisión en caso de variación sustancial de la situación económica del perceptor o pagador e, igualmente, que el art. 83.5 CDFA contemple su posible extinción por la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó.

### **5.4. Parámetros a valorar**

De acuerdo con el art. 83.2 CDFA, son varios los criterios a “ponderar equitativamente” por el Juez a la hora de fijar la cuantía y la duración de la asignación compensatoria, pero también, de acuerdo con la jurisprudencia, para comprobar previamente la existencia del desequilibrio económico que justifica su reconocimiento. Tales criterios, parcialmente coincidentes con los del art. 97.2 Cc, son: 1º.- los recursos económicos de los progenitores; 2º.- la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado de trabajo; 3º.- la edad de los hijos -que no el régimen de custodia, en caso de ser menores de edad-

---

<sup>17</sup> Sirva de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 218 de 17 abril 2018 que fija una pensión indefinida de 600 € mensuales, en atención a los siguientes hechos: 55 años, matrimonio de 38 años, dedicación a la familia sin desempeño prácticamente de actividad laboral, limitada formación y problemas de salud; la SAP de Zaragoza núm. 289 de 23 octubre 2020 que fija una pensión indefinida de 400 € mensuales actualizables, en atención a los siguientes datos: 66 años, convivencia durante 22 años, dedicación a la familia durante 13 años, escasa cualificación profesional y no percepción de pensión alguna, y la SAP de Zaragoza núm. 271 de 5 julio 2023 que reconoce una asignación compensatoria con carácter indefinido de 500 euros mensuales, en atención a los siguientes hechos: 60 años, matrimonio de 25 años, falta de cualificación profesional y dedicación casi exclusiva al cuidado de la familia.

<sup>18</sup>; 4º.- la atribución del uso de la vivienda familiar; 5º.- las funciones familiares desempeñadas por los padres, entiendo, que durante la convivencia; y 6º.- la duración de la convivencia matrimonial o extramatrimonial.

De todos ellos, la lectura de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales suelen centrarse en la edad de la solicitante, su dedicación a la familia durante la convivencia y posibilidades de acceso al mercado laboral -en atención a su cualificación o no profesional y experiencia laboral previa-, la duración de la convivencia y, en su caso, los ingresos de ambas partes.

Por último, interesa advertir que, pese a la dicción literal de dicho precepto<sup>19</sup>, tal enumeración legal no debe entenderse como *numerus clausus*, de tal manera que los jueces podrán ponderar otros criterios adicionales, como así se desprende del examen de la jurisprudencia<sup>20</sup>. En particular, son circunstancias recurrentes en la práctica judicial aragonesa el estado de salud del solicitante<sup>21</sup>, las cargas económicas asumidas por uno o ambos cónyuges o convivientes -fundamentalmente, gastos de asistencia de los hijos, cuotas del préstamo hipotecario asumido en su momento para la adquisición de la vivienda familiar y renta derivada del alquiler de otra vivienda<sup>22</sup> y la liquidación del régimen consorcial<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> No obstante, algunas sentencias provenientes de Audiencias Provinciales valoran como parámetro adicional ya sea la custodia individual atribuida a la solicitante respecto de los hijos menores [SSAP de Zaragoza núm. 151 de 8 marzo 2017, núm. 239 de 4 abril 2017, núm. 397 de 6 junio 2017 y núm. 240 de 15 septiembre 2020]; o su dedicación a hijos mayores con discapacidades severas (SAP Huesca núm. 197 de 6 noviembre 2020 y SSAP Zaragoza núm. 286 de 21 mayo 2018 y núm. 64 de 20 febrero 2019).

<sup>19</sup> Nótese que el art. 83.2 CDFA no contiene una previsión similar a la del art. 97.2.9º Cc que da entrada, en último lugar, a “cualquier otra circunstancia relevante”.

<sup>20</sup> Comparten esta misma apreciación la SAP Zaragoza núm. 493 de 5 noviembre 2018, en cuanto se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual “los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos y de imposible enumeración”.

<sup>21</sup> Por lo demás, nótese que esta circunstancia se encuentra, sin embargo, contemplada expresamente en el art. 97.2.2º Cc respecto a la pensión compensatoria.

<sup>22</sup> P.e. SAP Huesca núm. 205 de 31 octubre 2017 y las SSAP Zaragoza núm. 466 de 29 septiembre 2015, núm. 511 de 27 octubre 2015, núm. 661 de 29 diciembre 2016, núm. 169 de 22 marzo 2016, núm. 231 de 26 abril 2016, núm. 291 de 17 mayo 2016, núm. 314 de 3 mayo 2017, núm. 651 de 10 octubre 2017, núm. 276 de 15 mayo 2018, núm. 383 de 19 junio 2018, núm. 398 de 26 junio 2018, núm. 94 de 13 marzo 2019, núm. 194 de 6 julio 2020 y núm. 296 de 26 octubre 2020.

<sup>23</sup> P.e. SSAP Zaragoza núm. 147 de 28 febrero 2017 y núm. 383 de 19 junio 2018.

## 6. REVISIÓN

El art. 83.4 CDFA establece como posible causa de revisión de la asignación compensatoria -entiéndase en su variante de pensión periódica- la variación sustancial de la situación económica ya sea del perceptor o pagador. El Código aragonés adopta así una solución similar, que no totalmente coincidente, a la prevista en el art. 100.1 Cc estatal, ya que, con un planteamiento más objetivo, supedita la revisión de la asignación a que concurra una variación de la situación económica” de las partes implicadas y, además, “sustancial”, en vez de alteraciones en la fortuna del uno u otro cónyuge que así lo aconsejen” a que se refiere la norma estatal.

Un presupuesto adicional que se desprende del art. 83.4 CDFA, puesto en relación con su apdo. 1, consiste en el carácter sobrevenido de tal variación, en el sentido que debe haberse producido con posterioridad al momento en que se reconoció la asignación.

Junto a ello, la jurisprudencia exige, para que pueda prosperar la modificación de la asignación, como cualquier otra modificación de medidas, que la variación reúna los siguientes caracteres: permanente, en el sentido de que no sea meramente coyuntural; imprevista, en cuanto no haya sido prevista por las partes o el Juez en el momento en que fue establecida la asignación; y no imputable a quien solicita la modificación<sup>24</sup>.

Obviamente, en atención al principio dispositivo que rige en el procedimiento civil, tal modificación, salvo que haya sido acordada por los ex cónyuges o ex convivientes en virtud de un nuevo pacto de relaciones familiares (art. 77.3.a CDFA), sólo operará a instancia de parte; en particular, mediante el ejercicio de la correspondiente acción de modificación de medidas contemplada en el art. 775.3 LEC. A partir de ahí, lo cierto es que en la práctica judicial las pretensiones provienen exclusivamente del pagador y se dirigen a solicitar la extinción de la asignación y, subsidiariamente, la reducción de su cuantía y duración.

Por añadidura, en atención a los términos en que se expresa el art. 83.4 CDFA (“la asignación compensatoria se revisará”) parece poder interpretarse que tal modificación puede tener como objeto tanto la cuantía como la duración de la asignación inicialmente atribuida. Con todo, más allá de esta apreciación, de la lectura de la jurisprudencia se desprende una mayor predisposición de los tri-

---

<sup>24</sup> P.e. SSAP Zaragoza núm. 290 de 12 abril 2017, núm. 337 de 16 mayo 2017, núm. 53 de 7 febrero 2020 y núm. 154 de 17 junio 2020.

bunales aragoneses a revisar la cuantía a la baja que a reducir la duración de la asignación.

A tales efectos, en la práctica judicial se consideran circunstancias determinantes de tal variación sustancial de la situación patrimonial que justifica una reducción del montante de la pensión la notable reducción de los ingresos del pagador y/o el importante incremento de los ingresos del perceptor<sup>25</sup>, así como la liquidación del consorcio conyugal con la consiguiente atribución de bienes concretos. Muy reticentes se muestran, sin embargo, los órganos judiciales a apreciar el incremento de gastos del pagador, aun derivado de una nueva relación de la que tenga descendencia<sup>26</sup>.

Por último, interesa advertir que, aunque el CDFA no contempla la suspensión temporal como posible modalidad de revisión de la asignación, se trata de una opción que ha sido admitida por los tribunales aragoneses para aquellos casos en que se ve alterada la situación económica del pagador por circunstancias graves, pero meramente transitorias, como puede ser su situación actual de desempleo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> A este respecto la STSJ Aragón 8 octubre 2015 sienta la doctrina según la cual, “basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida”.

<sup>26</sup> Sirva de ejemplo la SAP de Huesca núm. 53 de 6 abril 2018 que rechaza como circunstancia a valorar, a los efectos de reducir el importe mensual de la asignación compensatoria inicialmente fijado, el nuevo matrimonio del pagador del que ha tenido descendencia; y la SAP Zaragoza núm. 2017 de 11 abril 2017, el hecho de que el pagador haya decidido adquirir una nueva vivienda, asumiendo a tal efecto el pago de un préstamo hipotecario con su actual pareja.

<sup>27</sup> Como señala la SAP de Zaragoza núm. 843 de 22 diciembre 2017, “ni el Código civil ni el CDCA contemplan la posible suspensión temporal del abono de la pensión, pero tampoco lo prohíben, reconociendo la doctrina su admisibilidad en aquellos casos en que con posterioridad al señalamiento de la pensión sobreviene una modificación sustancial en las circunstancias que cabe prever como pasajera o transitoria”. En aplicación de esta doctrina, la Audiencia desestima la pretensión del pagador de extinguir la asignación señalada en la sentencia de divorcio, para, en su lugar, declarar su suspensión temporal “en tanto subsistan sus dificultades económicas” que traen causa de su actual situación de desempleo, que “a la vista de su hoja histórica laboral sólo puede tenerse como transitoria”, “con renacimiento de la misma cuando cese la situación contemplada”.

En la jurisprudencia menor admiten, asimismo, la suspensión de la exigibilidad de la asignación la SAP Zaragoza núm. 25 de 27 enero 2015 mientras el pagador “carezca de ingresos”. La deniega, sin embargo, la SAP Zaragoza núm. 162 de 22 marzo 2016, por cuanto no ha resultado acreditada la situación de precariedad económica que alega el pagador, sin que, por añadidura, tenga relevancia a estos efectos la asunción voluntaria por su parte de nuevas cargas derivadas de la convivencia con actual pareja e hijos de esta. Por su parte, la STSJ Aragón 8 octubre 2015 confirma el fallo de la sentencia de apelación favorable a dejar sin efecto la suspensión acordada en una sentencia anterior, en atención a la modificación de la situación económica del pagador,

## 7. EXTINCIÓN

Finalmente, el art. 83.5 CDFA prevé la posible extinción de la asignación -entiéndase, igualmente en su modalidad de pensión periódica-, siempre que concurren una serie de causas, parcialmente coincidentes con las previstas en el art. 101 Cc para la pensión compensatoria. Así, el Código aragonés comparte con el Código estatal las causas referidas, de una parte, a la “convivencia marital del perceptor” -omitiendo, sin embargo, al matrimonio; y, de otra, al “cese de la causa que motivo el derecho a la pensión”, que el CDFA denomina más difusamente “incumplimiento de su finalidad”. Pero junto a ello contempla como causas adicionales la “alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó”, la “muerte del perceptor” y el “cumplimiento del plazo de duración”.

A partir de ahí, el examen de la jurisprudencia revela que las causas de extinción más frecuentemente invocadas en la práctica judicial son:

1ª.- La *alteración sustancial de los criterios económicos* que la jurisprudencia identifica con la alteración sustancial de la situación económica ya sea del pagador y/o del perceptor.

Sirva de ejemplo la STSJ de Aragón de 18 enero 2023 que confirma el criterio favorable del Juzgado a la extinción de la asignación atribuida a la mujer, por considerar que ha desaparecido el desequilibrio económico que justificó su reconocimiento, ya que, de una parte, la mujer está percibiendo una pensión de jubilación fruto de los años que lleva cotizados; y, por otra, el ex marido ha visto reducido sus ingresos a consecuencia de su jubilación. En la jurisprudencia menor, la SAP de Huesca núm. 222 de 9 noviembre 2023 también declara la extinción de la asignación compensatoria en atención a dicha circunstancia que, en particular, trae causa de la jubilación del pagador y la obtención de un empleo estable por parte de la perceptora.

Junto a ello interesa reparar en la doctrina sentada por los tribunales aragoneses, según la cual la incorporación o reincorporación al mercado laboral de la perceptora -entiéndase, sin suficiente estabilidad- a fin de percibir otros ingresos dirigidos a complementar la asignación no puede calificarse de alteración sustancial de su situación económica a los efectos de su supresión ni aun su reducción<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> “motivada por la nueva situación de incapacidad permanente absoluta”.

<sup>28</sup> Entre otras, SAP de Huesca núm. 65 de 30 abril 2015 y SSAP de Zaragoza núm. 85 de 16 febrero 2016 y núm. 539 de 13 septiembre 2016.

Por el contrario, sostiene la jurisprudencia que la pasividad o el desinterés debidamente acreditado del perceptor en la obtención de empleo “resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio” y, por tanto, para declarar la extinción de la asignación<sup>29</sup>.

2º.- *La convivencia marital del perceptor con un tercero* que la jurisprudencia interpreta muy ampliamente, declarando la extinción no sólo cuando existe una relación estable y duradera de convivencia bajo el mismo techo, sino en situaciones intermedias de semi convivencia, probablemente con objeto de evitar abusos de derecho.

Así resulta de la SAP Zaragoza núm. 260 de 3 julio 2023 que declara la extinción de la asignación en un supuesto en el que, existiendo “una relación sentimental continuada y estable” de la demandada con un tercero, ambos mantienen sus domicilios en el mismo edificio y existe una implicación permanente de su actual pareja en su familia.

No así, en cambio, cuando la única relación acreditada del perceptor con un tercero sea meramente sentimental, aun de noviazgo<sup>30</sup>.

3º.- *El cumplimiento del plazo de duración de la asignación*, entiéndase cuando haya sido fijada con carácter temporal, lo que es la regla general.

En relación con esta causa, la jurisprudencia clarifica que, una vez llegado el día de vencimiento, la asignación se extingue automáticamente con efectos *ex nunc* (SAP Zaragoza núm. 332 de 30 junio 2015) y sin posibilidad de prórroga (STSJ de Aragón de 25 junio 2014). No así, lógicamente, si no ha vencido el plazo, sin que quepa alegar a tales efectos, como advierte la jurisprudencia, el mero transcurso del tiempo desde su fijación (SAP de Huesca núm. 214 de 3 noviembre 2023).

---

<sup>29</sup> SSTSJ de Aragón 27 marzo 2018 y 30 mayo 2018.

<sup>30</sup> De acuerdo con las SSAP Zaragoza núm. 334 de 9 mayo 2017, núm. 337 de 16 mayo 2017, núm. 397 de 26 junio 2018, núm. 423 de 11 julio 2018, núm. 238 de 15 septiembre 2020 y núm. 333 de 18 noviembre 2020.

# **LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL CÓDIGO CIVIL**

por la

Ilma. Sra. Doña Ana Clara Belío  
Académica Correspondiente

## **1. Pensión compensatoria del Artículo 97 y ss. del Código Civil**

En el Código Civil, en adelante CC, existen tres tipos de compensación de un cónyuge a otro, derivados del vínculo matrimonial:

Pensión puramente de alimentos, en ocasiones, denominada de levantamiento de cargas familiares.

Pensión compensatoria, regulada en el Artículo 97 y ss. del CC.

Indemnización del Artículo 1.438 CC, que retribuye la dedicación del cónyuge a la familia, o el trabajo doméstico, en el régimen de separación de bienes.

### **1.1. Concepto y naturaleza jurídica**

Esta pensión está regulada en los Artículos 97 y ss. del CC.

El párrafo 1º del Artículo 97 CC establece que: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*”

Los conceptos clave son: “*desequilibrio económico*” y “*empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*”.

Partiendo de lo anterior, la pensión compensatoria se configura en toda la doctrina y en la Jurisprudencia del TS, como un derecho personalísimo de crédito y subjetivo, que es transmisible mortis causa, y lo que es más importante, plenamente disponible por las partes, siéndole de aplicación el principio de justicia rogada y congruencia.

STS 100/2020, de 23 noviembre y 418/2020, de 13 de julio: “*La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, incardinable dentro de la esfera dispositiva de las partes, como uno de los negocios jurídicos básicos del derecho de familia.*”

En definitiva, nos encontramos con un derecho personal y subjetivo, transmisible mortis causa y disponible.

#### a) Derecho personalísimo y subjetivo

Vemos cómo la pensión compensatoria se configura como un derecho personal -ejercido por quién acredita el desequilibrio- y subjetivo -referido a consideraciones personales e individuales del acreedor-, que se han de determinar en el momento de la ruptura.

Decimos que es un derecho personal, porque únicamente puede ser ejercido por quién acredita el desequilibrio, nunca por terceros, y se extingue con el fallecimiento del acreedor, a diferencia de lo que sucede con el cónyuge deudor, cuya deuda sí se transmite mortis causa a sus herederos.

El contenido del derecho no tiene carácter absoluto, sino relativo y condicional, pudiendo verse modificado a lo largo del tiempo, o incluso extinguido, si se producen alteraciones sustanciales de las circunstancias que sirvieron de base para su otorgamiento, en los términos que recogen los Artículos 100 y 101 del CC.

Además, es subjetivo porque se refiere a consideraciones personales, sociales o económicas específicas del acreedor. Y para determinar estas circunstancias hay que partir de dos momentos: el de la convivencia matrimonial y el momento en que se produce la ruptura, porque es ahí, en la ruptura, cuando se efectúa la necesaria comparación respecto de “*su situación anterior en el matrimonio*”, tal y como más adelante se expone.

b) Es un derecho transmisible mortis causa.

Existen pocos derechos transmisibles mortis causa en nuestro ordenamiento, pero uno de ellos es la pensión compensatoria.

El párrafo segundo del artículo 101 del Código Civil señala: “*El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.*”

Es claro que el “*solo hecho de la muerte del deudor*” no extingue el derecho a la pensión, subrogándose los herederos del deudor en la posición de éste, debiendo asumir el pago de la compensación. Si bien, estos herederos o la propia viuda están legitimados para solicitar la reducción o supresión de la pensión por insuficiencia del caudal hereditario, o cuando se vean afectados sus propios derechos en la legítima.

La solicitud de extinción o de reducción de la pensión deberá realizarse a través del procedimiento de modificación de medidas, y ante el mismo Juzgado que dictó la Sentencia de separación o divorcio en la que se hubiese establecido la obligación de abono de la pensión compensatoria.

En definitiva, los herederos del deudor de la pensión deberán seguir abonándola hasta que se dicte Sentencia en el oportuno procedimiento de modificación de medidas que extinga o reduzca la cuantía de esta.

c) Es un derecho disponible por las partes. Principio de justicia rogada y congruencia

El carácter disponible de la pensión compensatoria permite a las partes su establecimiento en cualquier momento del proceso, siempre que se produzca de mutuo acuerdo. Ello se llevará a cabo mediante la suscripción del convenio regulador de separación o divorcio, siendo también posible su reconocimiento mediante acuerdo privado no homologado judicialmente.

STS 21.2.22 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg ya aclara en relación con la pensión compensatoria que: “*Los pactos que celebran los cónyuges, regulando sus relaciones personales y patrimoniales, son perfectamente válidos y exigibles, siempre que concurran los requisitos de toda clase de contratos, es decir, consentimiento, objeto y causa del Artículo 1.261 CC*”.

En cambio, en el ámbito contencioso y como consecuencia de este carácter disponible, la parte que pretenda hacer valer su derecho está obligada a solicitar la pensión expresamente, pues en ningún caso puede ser reconocida, modificada o extinguida de oficio (principio de rogación o justicia rogada). A su vez, la resolución judicial que ponga fin al procedimiento debe sujetarse a los límites fijados por las peticiones de las partes, en aplicación del principio de congruencia.

STS 17.10.23 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg declara que: “*establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación o en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente (...) la propia demandada recurrente pidió inicialmente la fijación de la pensión como temporal, por lo que no cabe ahora fijarla de manera indefinida en el tiempo.*”

Desde un punto de vista procesal, la solicitud expresa de la pensión compensatoria a la que nos referimos, debe efectuarse en la demanda o en la contestación de la demanda, formulando si fuera necesario reconvención, al ser inadmisible su reconocimiento mediante reconvención implícita o tácita.

Ahora bien, se ha venido admitiendo la innecesidad de formular reconvención expresa en el supuesto en que la parte actora solicite en su escrito de demanda que no se fije pensión compensatoria alguna, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate.

En este caso, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla.

Se exige igualmente que la pensión compensatoria se reclame en el procedimiento adecuado, esto es, en el de separación o divorcio, pues no es posible concederlo ni en sede de medidas provisionales previas ni coetáneas, conclusión que confirman los Artículos 100 y 103 del CC, ni en un procedimiento aparte, como sí es posible, por ejemplo, solicitar el reconocimiento de la indemnización ex artículo 1.438 CC.

En sede de medidas provisionales, el cónyuge acreedor solo podrá solicitar una cantidad inicial en concepto de alimentos o de contribución a las cargas familiares, petición que deberá reiterar en todo caso bajo la denominación de pensión compensatoria en el procedimiento principal de separación o divorcio.

Es también indiscutida la validez de la renuncia en capitulaciones prematrimoniales, toda vez que la pensión compensatoria es un derecho dispositivo de las partes cuya renuncia en sí misma no es contraria al orden público. Prueba de ello

es que cuando los cónyuges están pactando el régimen de separación de bienes ya están renunciando a participar en los ingresos económicos que uno obtiene del otro, y nadie cuestiona la validez de ello.

Incluso, la renuncia a la pensión efectuada en un convenio regulador de separación o divorcio, o en documento privado no ratificado judicialmente, deberá tener plena eficacia si concurren los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa de cualquier contrato, recogidos en el Artículo 1.261 del CC, al tratarse de un derecho disponible por las partes.

Y lo mismo sucederá, como hemos visto, si la renuncia se efectúa en capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio. No siendo posible, a mi juicio, instar una modificación de medidas para dejar sin efecto la renuncia en el caso de un cambio de circunstancias posterior de cualquier de las partes.

STS 13.3.23 Ponente Ángeles parra Lucán revoca la pensión que fija la AP al haberse pactado las partes su renuncia previa en capitulaciones matrimoniales: “*La renuncia por los futuros esposos a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento del divorcio se introdujo de manera preventiva en unas capitulaciones matrimoniales, junto con el establecimiento del régimen de separación de bines. (...) Nos encontramos ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial que son plenamente admisibles como negocios de familia, siempre que se cumplan los requisitos de los contratos.*”

Del mismo modo, si las partes pactan las causas específicas de extinción de la pensión, no podrán aplicarse otras en la separación o divorcio, ni siquiera las previstas legalmente en los Artículos 100 y 101 CC.

STS 21.2.22 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg, no extinguió la pensión compensatoria en un supuesto en que la exesposa convivía en pareja con una tercera persona: “*las partes se encuentran vinculadas por el pacto alcanzado con respecto a la pensión compensatoria, en el que se acordó expresamente que fuera la causa de extinción que la acreedora a la pensión contrajera nuevo matrimonio, situación que no concurre, siendo indiferente que tenga una relación con un tercero. En vez de quedar sometida a las causas legales de extinción de los artículos 100 y 101 del CC, las partes en el ejercicio de su libre voluntad decidieron que causa concretas darían lugar a su extinción.*”

STS 30.5.22 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg: “*Las partes pactaron al amparo de la autonomía de la voluntad, y dentro del marco de sus facultades dispositivas, la fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa, su importe y las concretas causas de extinción. Por lo que la Sentencia de la AP, al*

*desconocer los términos de lo pactado, infringió lo dispuesto en los Artículos 1.255 CC y 1.256 CC. La pensión no se fijó con límite temporal, sino con carácter vitalicio y su extinción quedó condicionada a las causas de extinción pactadas por las partes.*

El contenido del derecho no tiene carácter absoluto, sino relativo y condicional, pudiendo verse modificado a lo largo del tiempo, o incluso extinguido, si se producen alteraciones sustanciales de las circunstancias que sirvieron de base para su otorgamiento, en los términos que recogen los Artículos 100 y 101 del CC.

Lo anterior aplicará únicamente en el supuesto de que las partes no hayan excluido la aplicación de estos artículos del CC o la hayan pactado “vitalicia.”

## 1.2. Requisitos

Como hemos visto en el encabezamiento, el art. 97 del CC reconoce el derecho a una compensación al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca: 1.- un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, y 2.- siempre que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

Es decir, son necesarios tres requisitos: ser cónyuge, la existencia de un desequilibrio económico y, además, que dicho desequilibrio suponga un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Es decir, no todo desequilibrio es susceptible de generar derechos, debe suponer un empeoramiento del cónyuge acreedor respecto de su situación anterior.

### a) Existencia de vínculo matrimonial

A diferencia de lo que sucede en otros regímenes jurídicos, el derecho a la pensión compensatoria del CC surge única y exclusivamente del vínculo matrimonial. Es decir, las parejas de hecho están excluidas de su aplicación.

Hubo durante años una jurisprudencia oscilante de las AAPP que reconocía la existencia de una pensión compensatoria a las parejas de hecho de forma analógica que a las parejas casadas. Desde la STS de 15.1.18 (EDJ 1231), la discusión ya se ha zanjado y no es posible su reconocimiento dentro de los procedimientos de familia.

El miembro de la pareja de hecho, que así lo considere, tendrá que instar el correspondiente procedimiento ordinario y solicitar una indemnización como

consecuencia del enriquecimiento injusto del otro miembro de la unión no marital. Y ello con independencia de que tengan o no hijos menores de edad o mayores de edad que convivan con la pareja.

Como tampoco pueden reclamar alimentos en los procedimientos de familia para los hijos mayores de edad, aunque sean dependientes económicamente, salvo que existan hermanos menores, ya que este segundo caso, sí se atrae la competencia.

Lo que sí se tiene en cuenta el periodo previo de convivencia a efectos del cómputo del plazo de duración.

STS 4.5.22 Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas: “*Aunque el matrimonio se celebró cuando la esposa tenía 55 años, se fija una pensión compensatoria porque la convivencia se prolongó durante 20 años.*”

b) El “*desequilibrio económico*” en relación con la posición del otro cónyuge.

Presupuesto básico e ineludible para que nazca el derecho a la pensión compensatoria es que el cónyuge acreedor sufra un “*desequilibrio económico*” como consecuencia de la separación o divorcio, tomando como punto de referencia “*la posición del otro*” cónyuge.

Recordemos que el Artículo 97 del CC menciona: “*el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación (...).*”

De lo anterior cabe deducir tres consecuencias. En primer lugar, que el desequilibrio económico entre el cónyuge acreedor y el cónyuge deudor debe producirse fruto de la separación o divorcio: “*el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico (...)*”. Es decir, que la separación o el divorcio deben ser los productores del desequilibrio entre acreedor y deudor del derecho.

La segunda consecuencia es que la valoración del desequilibrio económico del acreedor debe hacerse en comparación “*en relación con la posición*” del otro cónyuge, que será el deudor.

Y, por último, que este desequilibrio debe venir acompañado en el caso del cónyuge acreedor de “*un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*”. Este último requisito lo analizamos en el punto siguiente.

Comenzando por el concepto de desequilibrio, para que nazca el derecho a la pensión, éste debe ser consecuencia directa de la separación o el divorcio. Si el desequilibrio ya existía antes del matrimonio, o no es consecuencia directa del matrimonio, va a ser mucho más difícil que surja el derecho a una pensión.

STS 28.11.22 Ponente Ángeles Parra Lucán explica que la diferencia de ingresos no justifica automáticamente la concesión de la pensión, y que el origen del desequilibrio debe ser consecuencia directa del matrimonio: “*Del solo dato de que la esposa gane menos que el marido por su trabajo no justifica un desequilibrio susceptible de ser compensado. Ya que el origen del desequilibrio alegado no radica en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas de la esposa durante el matrimonio, pues ni el matrimonio le impidió trabajar ni la diferencia salarial es una consecuencia directa del mismo.*”

Y, como hemos dicho, se debe tomar como punto de referencia “*la posición del otro*” cónyuge. Por tanto, una vez que se constata que ese desequilibrio es consecuencia directa del matrimonio, hay que establecer un término de comparación con la posición o la situación económica del cónyuge deudor. Porque el mero hecho de que haya desigualdad económica o patrimonial entre las partes no genera derechos.

Lo que normalmente se va a exigir es que el cónyuge acreedor no pueda subvenir o hacer frente con sus recursos a sus propias necesidades.

STS 17.10.23 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg “*La simple desigualdad económica no determina de modo automático el derecho a la compensación*”.

STS 28.3.22 Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas recoge la doctrina unánime del TS, relativa a que la pensión compensatoria no es un mecanismo equiparador de economías dispares, ni retribuye la pérdida de status: “*La pensión compensatoria no es un mecanismo equilibrador de patrimonios*”.

SAP de Madrid 18.4.24 Ponente María Teresa de la Cueva: “*La finalidad de la pensión compensatoria no es perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando los cónyuges, ni lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad entre éstos*”.

c) El desequilibrio debe suponer necesariamente un “*empeoramiento*”. Y este empeoramiento debe referirse a la “*situación anterior en el matrimonio*”

Además del desequilibrio económico de un cónyuge en relación con la posición del otro, el Artículo 97 del CC exige que dicho desequilibrio produzca

un empeoramiento de las circunstancias del cónyuge acreedor respecto de su situación anterior en el matrimonio: “*el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio (...)*”.

El concepto de “*empeoramiento*” debe interpretarse en un sentido literal del término. Es decir, el desequilibrio que en todo caso debe existir y que es el fundamento para establecer el derecho a la pensión, debe verse empeorado como consecuencia de la separación o divorcio.

STS 28.3.22 Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas anterior, en cambio, sí concede una pensión compensatoria como consecuencia del menor salario de la esposa, debido a la reducción de jornada para el cuidado de los hijos pactada durante el matrimonio: “*es evidente que el cuidado de hijos produjo un notorio desequilibrio en la esposa, que repercutió en sus posibilidades de promoción profesional, siendo una decisión adoptada en el seno del matrimonio*”.

La referencia a la “*situación anterior en el matrimonio*” permite deducir que el desequilibrio económico y correlativo empeoramiento deben ser evaluados en el momento mismo de la ruptura de la convivencia conyugal. Sobre esto no existe ninguna duda, ya que toda la jurisprudencia coincide a la hora de establecer que el desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria debe existir necesariamente al tiempo de producirse la ruptura o crisis matrimonial.

Lo anterior plantea una cuestión, que es la necesidad de que el cónyuge acreedor solicite la pensión compensatoria en el mismo momento de la ruptura, y no con posterioridad. Parece claro que en los supuestos en que media una separación de hecho prolongada entre el cese de la convivencia y la separación o divorcio decae más fácilmente el derecho a reclamar la pensión compensatoria. Es lógico pensar que, si el acreedor tarda en iniciar los trámites de la demanda y durante ese periodo no percibe ayuda económica del cónyuge deudor, es porque no la necesita y, en consecuencia, deja decaer su derecho.

Por ello, el cónyuge acreedor debe solicitar la pensión en el mismo momento de la ruptura, y no con posterioridad.

La STS 3.1.22, Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas: “*El desequilibrio y consecuente empeoramiento que dé lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o divorcio, y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.*”

SAP de Madrid 18.4.24 Ponente María Teresa de la Cueva: “*tal desequilibrio debe implicar un empeoramiento en relación con la situación existente constante*

*el matrimonio, que habrá de ser analizado en el momento de la ruptura de la convivencia y con respecto a la situación que los cónyuges tenían entonces”.*

En definitiva, y en relación a lo anterior, no solo no es posible el reconocimiento de la pensión en un momento posterior a la ruptura, sino que tampoco es posible una futura demanda de modificación de medidas, solicitando el incremento de la cuantía de la pensión o el incremento de la duración. Ya que las circunstancias personales de los cónyuges sólo son las tenidas en cuenta en la separación o divorcio, nunca posteriormente.

### **1.3. Criterios legales que operan en la determinación de la pensión**

El párrafo segundo del Artículo 97 del CC enumera una serie de criterios legales a tener en cuenta en el establecimiento de la pensión compensatoria.

Aunque técnicamente este apartado se refiere a los criterios para determinar la cuantificación de la pensión: “*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias (...)*”, toda la Jurisprudencia viene entendiendo de forma unánime, que estas circunstancias deben servir también para determinar o no el derecho a la pensión.

Estas circunstancias son las siguientes:

“*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1.<sup>a</sup> *Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.<sup>a</sup> *La edad y el estado de salud.*
- 3.<sup>a</sup> *La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.<sup>a</sup> *La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.<sup>a</sup> *La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.<sup>a</sup> *La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.<sup>a</sup> *La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.<sup>a</sup> *El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.<sup>a</sup> *Cualquier otra circunstancia relevante.”*

Como decimos, los anteriores criterios operan como auténticos criterios legales para valorar la existencia del desequilibrio y no sólo su importe.

STS 96/2019, de 14 de febrero, 100//2020, de 12 de febrero y 435/2022, de 30 de mayo, entre otras, señalan: “*los anteriores elementos operan como criterios determinantes de la existencia de desequilibrio, y también como módulos de cuantificación de su montante económico, así como para fijar la pensión con carácter indefinido o temporal*”.

Ya la STS de 19 de enero de 2010 (TOL1.790.759) dejó claro lo anterior al señalar: “*las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.*”

Por tanto, como recoge acertadamente toda la Jurisprudencia, los criterios contenidos en el art. 97 del CC deben servir para valorar:

Si se ha producido un desequilibrio generador de la pensión compensatoria.

Cuál sería la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

Si la pensión debe ser temporal o indefinida.

#### **1.4. Tipos de compensación y formas de sustitución**

La pensión podrá consistir en una pensión periódica, temporal o indefinida, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la Sentencia.

Pero el párrafo primero del Artículo 97 CC hay que ponerlo en relación con el artículo 99 CC, que viene a regular el mecanismo de la sustitución de la pensión periódica: “*En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.*”

Si bien del tenor literal del Artículo 99 CC parece deducirse la necesidad de que la pensión compensatoria haya sido *fijada judicialmente* con carácter previo,

se viene sosteniendo por los Tribunales, que la sustitución puede acordarse por las partes directamente en el propio convenio regulador de separación o divorcio.

Las formas de sustitución de la pensión compensatoria que señala el CC son tres:

- La constitución de una renta vitalicia
- El usufructo de determinados bienes
- La entrega de un capital en bienes o dinero

Por último, se viene sosteniendo de manera uniforme que esta sustitución no puede ser impuesta por uno de los cónyuges en contra de la voluntad del otro, sino que tiene que ser pactada de común acuerdo. Y que el mecanismo de la sustitución elimina la necesidad de actualizar las rentas o los frutos que obtenga el acreedor, no siendo tampoco de aplicación a las prestaciones del Artículo 99 del CC, lo establecido en los Artículos 100 y 101 del CC relativos a las causas de modificación y de extinción del derecho.

### **1.5. Duración de la pensión**

La nueva realidad social consistente en la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral, en muchos casos el descenso del número de hijos o la escasa duración de algunos matrimonios, ha ido configurando en los últimos años toda una corriente jurisprudencial tendente a la limitación temporal de la pensión compensatoria.

Por tanto, habrá que realizar un juicio pronóstico o un juicio prospectivo sobre el tiempo en que se prevé que el cónyuge acreedor tardará en superar el desequilibrio para de esta manera fijar el límite temporal de la pensión. Dicho de otro modo, el plazo deberá estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio.

STS 23.11.21 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg: “*Los Tribunales deberán ponderar la aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un periodo determinado. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá llevarse a efecto con criterios de certidumbre, determinada por los altos índices de probabilidad real. El plazo habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de la superación del desequilibrio.*”

Los criterios que fijan la temporalidad de la pensión son los mismos que se recogen en el Artículo 97 del CC para el establecimiento del derecho, y que

hemos mencionado anteriormente. Recordemos ahora que el párrafo segundo del Artículo 97 enumera un elenco de circunstancias que no tienen naturaleza de *numerus clausus*, sino de *numerus apertus*.

Los más frecuentemente utilizados para establecer un límite temporal son la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia y, por último, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

STS 30.5.22 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg: “*Se concede por un periodo de cinco años dado que la esposa cuenta con 49 años, goza de buena salud y cualificación profesional y titulación.*”

En las pensiones temporales, el mero transcurso del tiempo acarrea la extinción de la pensión, sin necesidad de ponerlo en conocimiento judicial ni de realizar ningún preaviso. Y también será posible la solicitud de extinción anticipada de esta pensión temporal en los casos en que se produzca algún cambio de circunstancias de conformidad con los Artículos 100 y 101 del CC. Dicho de otro modo, los artículos 100 y 101 del CC operan de igual manera que si se tratara de una pensión indefinida.

Como hemos expuesto en el apartado anterior, lo que resulta imposible, a mi juicio, es la ampliación del plazo judicialmente o el incremento de la cuantía, ya que las circunstancias personales de los cónyuges sólo son las tenidas en cuenta en el momento de la separación o divorcio para determinar la existencia o no del desequilibrio, nunca posteriormente.

En relación con las pensiones indefinidas, no se debe confundir el hecho de que una pensión pueda establecerse sin límite “*a priori*” con una pensión vitalicia. La ley y en general toda la jurisprudencia se refieren a pensiones indefinidas o sin un límite “*a priori*”, pero que están sujetas a las causas de modificación o extinción de los Artículos 100 y 101 del CC, lo que resulta ajeno a un concepto vitalicio del derecho. En estos casos, no es posible realizar una previsión del tiempo en que tardará el cónyuge acreedor en superar el desequilibrio, o se estima que no es posible que se supere en un determinado tiempo. Pero en ningún caso se configuran como derechos vitalicios.

Los supuestos en los que se fijan pensiones indefinidas suelen ser matrimonios de larga duración donde uno de los cónyuges, normalmente la esposa, no ha tenido ningún empleo retribuido al haberse dedicado al cuidado de la familia, o escasos ingresos que le impiden afrontar sus propias necesidades, en muchos casos con una avanzada edad o, incluso, un estado de salud que dificulta la incorporación al mercado laboral, o la ausencia de cotizaciones a la seguridad social.

STS 10.3.23 Ponente Ángeles Parra Lucán: “*No apreciamos que concurra una alta probabilidad de que la esposa, en un plazo de tiempo prudencial, pueda encontrar un empleo estable*”.

STS 28.11.22 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg: “*La pensión compensatoria debe fijarse sin limitación temporal. La esposa cuenta con 55 años y con esa edad la reinserción laboral es compleja y mucho más cuando no goza de cualificación profesional, y sus conocimientos adquiridos hace más de veinte años se encuentran obsoletos.*”

Otras STS relacionadas con la edad:

STS 2.12.22, Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, en donde la acreedora cuenta con 60 años y carece de formación especializada.

STS 23.11.21 Ponente José Luis Seoane Spiegelberg, en donde la acreedora cuenta con 61 años y su integración en el mundo laboral es prácticamente inexistente.

STS 3.3.22 Ponente D. Antonio García Martínez, en donde la acreedora cuenta con 55 años, no se aprecia que vaya a trabajar en un breve lapso de tiempo, y “*la edad que tiene no juega en su favor, sino en su contra*”.

STS 26.9.22 Ponente D. Antonio García Martínez: “*Se deja sin efecto la limitación temporal de la pensión compensatoria que ha establecido la AP hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, dado que no es posible alcanzar la convicción, al menos con un alto grado de probabilidad, de que la exesposa vaya a superar el desequilibrio que le divorcio le ha producido.*”

En ocasiones, la liquidación de gananciales efectuada con posterioridad a la separación o divorcio puede suponer la extinción de la pensión compensatoria, si los bienes atribuidos al cónyuge acreedor le permiten subvenir a sus propias necesidades.

Cuestión distinta es si las partes la pactan de forma expresa con carácter vitalicio.

# **LA REFORMA DEL DERECHO ARAGONÉS EN MATERIA DE EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS**

Conferencia compartida  
Celebrada el 15 de julio de 2024

## **I**

### **PRINCIPIOS INFORMADORES Y RÉGIMEN GENERAL**

Por la Excmo. Sra. Dra. Doña Aurora López Azcona  
Académica de Número

El objeto de esta conferencia es ofrecerles una aproximación a la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del CDFA en materia de capacidad jurídica de las personas.

A tal fin, ambos ponentes hemos optado por estructurar nuestra intervención en dos partes diferenciadas. En la primera, a mi cargo, acometeré el examen de los principios informadores de la reforma y de las disposiciones de aplicación general al nuevo sistema de apoyos resultante de la misma, incluidas las transitorias. En la segunda, a cargo de Adolfo Calatayud Sierra, se abordará el análisis de las concretas medidas de apoyo que le configuran y la jerarquía existente entre las mismas.

No obstante, con carácter previo, al objeto de su debida contextualización, interesa clarificar que dicha Ley trae causa de un Anteproyecto de Ley de reforma del CDFA que en junio de 2022 el Gobierno de Aragón encargó la Comisión ara-

gonesa de Derecho civil con una finalidad muy concreta: adaptar el Código del Derecho Foral de Aragón principalmente a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, pero también a las nuevas exigencias derivadas de la legislación procesal resultante de la reforma estatal de 2021.

Ello ha exigido una reestructuración en profundidad de su Libro I, al objeto fundamentalmente de deslindar el régimen concerniente a las personas con discapacidad del relativo a los menores de edad, aunque sin renunciar a refundir en un título previo las normas comunes a ambos regímenes. Pero también una revisión de los Libros II y III del CDFA, a fin de adecuar a la Convención UN 2006 aquellas previsiones que, vinculadas a ciertas instituciones familiares y sucesorias (entre otras, la capacidad para capitular, para testar o para ser fiduciario) se refieren a la discapacidad.

A la par, la Comisión ha aprovechado para revisar aquellos preceptos del CDFA que en su día se vieron afectados por la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, así como aquellos otros en materia de instrumentos públicos de menores afectados por la reforma estatal del sistema de protección a la infancia y adolescencia operada el mismo año (LO 8/2015 y Ley 26/2015).

## **1. LA DISTINCIÓN ENTRE PERSONALIDAD JURÍDICA, CAPACIDAD JURÍDICA Y EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

Empezando por los principios informadores de la reforma, la lectura de la Ley 3/2024 revela una total coincidencia con los principios fundamentales de la Convención como son el de igualdad ante la ley y de respeto a la dignidad y la autonomía individual.

De este modo, la Ley, al igual que la Convención, parte del reconocimiento a toda persona tanto de personalidad jurídica como plena capacidad jurídica, ambas derivadas de su propia dignidad (art. 3-1.2 CDFA).

En concreto, la personalidad jurídica se identifica, de acuerdo con el art. 12.1 Convención, con el derecho de todo ser humano a ser reconocido como persona ante la ley.

Por su parte, la capacidad jurídica se traduce en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, según clarifica expresamente el art. 3-2 CDFA en su apartado 1º. Acto seguido, el mismo precepto prohíbe expresamente su modificación, entiéndase en el sentido de limitación o privación.

Distinta de esa titularidad es su ejercicio, al que se refiere el mismo art. 3-2 en su apartado 2º para atribuirlo a toda persona mayor de edad, ya sea por sí sola o con los apoyos que pueda necesitar. Ello en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 12.3 Convención que impone a los Estados parte la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que “*puedan necesitar*” en el ejercicio de su capacidad jurídica. De este modo, la reforma se hace eco de la filosofía de la Convención según la cual ciertas personas, en razón de su discapacidad, pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica y, por tanto, pueden necesitar apoyo de mayor o menor intensidad. Ahora bien, ya no se trata de privar a nadie de su capacidad, ya que ello constituiría, a mi entender, una infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.a y b), sino de determinar los concretos apoyos que posibiliten el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones cuando la persona tengan dificultades para conformar su voluntad de manera libre y consciente.

En este sentido, el nuevo art. 40 CDFA reconoce aptitud para ejercitarse la capacidad jurídica a “quien por si solo puede comprender y valorar el significado y los efectos de un acto concreto en el contexto en que se produce y, en consecuencia, determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella”. De carecer de dicha aptitud, según especifica el art. 41 CDFA, la persona podrá actuar válidamente en el tráfico jurídico “con las medidas de apoyo adecuadas”.

A partir de ahí, la reforma completa el régimen hasta ahora vigente en materia de invalidez de los actos en que se vea implicada persona con discapacidad. En concreto, la nueva regulación distingue cuatro hipótesis en que el acto será invalido (como regla, anulable, a salvo lo dispuesto en el art. 45.3 CDFA):

1ª.- Si la persona carece de la aptitud suficiente para llevar a cabo ese acto concreto y, además, no cuenta con las medidas de apoyo necesarias (art. 45 CDFA).

2ª.- Si la persona tiene medidas de apoyo de carácter asistencial o representativo -ya se trate de un mandato de apoyo o una curatela-, pero prescinde de ellas (art. 45-1 CDFA).

3ª.- En el mismo supuesto, cuando quien presta el apoyo tenga intereses opuestos con la persona con discapacidad respecto al concreto acto de que se trate (art. 45-2.2 CDFA).

4ª.- Si la persona tiene medidas de apoyo de carácter representativo, cuando quien presta el apoyo lleve a cabo el acto en nombre de la persona con discapacidad sin la preceptiva autorización judicial o de la Junta de Parientes cuando el acto lo requiera (art. 45-2.1).

Se introducen, sin embargo, dos importantes excepciones a la anulación (art. 45-3). De una parte, la posibilidad de confirmar el acto anulable por quien tenía legitimación para anularlo. De otra, la posibilidad de oponerse a la anulación por parte del contratante que no conocía ni razonablemente podía conocer las causas en que se basa la misma y, entre ellas, que la persona con discapacidad carecía de los apoyos necesarios para suplir su falta de aptitud para ejercitar su capacidad jurídica.

Este régimen se complementa con dos importantes presunciones sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad jurídica. Primero, se establece una presunción general de aptitud a favor de toda persona mayor de catorce años, si bien condicionada a la necesaria asistencia en el periodo comprendido entre los catorce y dieciocho años (art. 40.2 CDFA), en cuanto a la aptitud específica para realizar un acto concreto -p.e. para vender un piso o pedir una hipoteca-, se presume que la tiene quien no tenga establecido un apoyo asistencial o representativo para llevarlo a cabo, ello salvo prueba en contrario (art. 40.3 CDFA).

Se regula también novedosamente un supuesto de rescisión del contrato celebrado por personas con discapacidad, cuando el otro contratante haya obtenido una ventaja injusta (art. 45-6 CDFA).

## 2. LOS APOYOS

### 2.1. NOCIÓN

De lo hasta aquí expuesto puede deducirse que uno los conceptos básicos en torno a los cuales gira la reforma, en coherencia con la Convención, es el de apoyo. Ahora bien, ¿qué significado debe darse a este término a efectos jurídicos?

Esta cuestión ha sido resuelta por la reforma, incluyendo en el nuevo art. 35 CDFA, bajo la rúbrica “funciones de las medidas de apoyo”, una noción de medidas de apoyo que incluye no solo la asistencia y la representación en la toma de decisiones como hasta ahora, sino también el apoyo en la comunicación y en la comprensión de los actos a llevar a cabo por la persona con discapacidad. Se trata así que las medidas de apoyo -a diferencia de las antiguas relaciones tutelares- no funcionen exclusivamente como complemento de capacidad ya sea para decidir “con” o “por” la persona con discapacidad, sino de dar entrada a un tipo de apoyo menos intenso, en el que la persona que lo presta se limite a ayudarle en la comunicación y/o en la comprensión de aquellos actos que pueda realizar por sí mismo.

Complementariamente, en relación con los apoyos representativos se introduce la precisión, muy necesaria, de que quedan excluidos de su ámbito de actuación los actos estrictamente personales; piénsese p.e. en otorgar testamento, contraer matrimonio o reconocer un hijo extramatrimonial.

Es más, esta triple función que se atribuye a las medidas de apoyo en abstracto encuentra más adelante su plasmación en la regulación específica de cada una de las medidas de apoyo a que se da entrada en el nuevo sistema. así, por lo que hace al mandato de apoyo (medida voluntaria por excelencia) se prevé que habrá de determinar los concretos apoyos a prestar por el mandatario, pudiendo incluir cualquiera de las funciones indicadas (art. 169 CDFA). y lo mismo sucede con la curatela -principal medida judicial de apoyo-, en cuanto se da entrada a tres modalidades -la curatela de comunicación y acompañamiento, la curatela asistencial y la curatela con facultades de representación) que, además, son compatibles entre sí (arts. 169-19 a 169-25 CDFA).

## **2.2. DISTINCIÓN ENTRE APOYOS FORMALES (MEDIDAS DE APOYO) Y APOYOS ESPONTÁNEOS E INFORMALES**

Otra novedad a destacar tiene que ver con la distinción entre apoyos formales (lo que son propiamente las medidas de apoyo) y apoyos informales, proveniente de la Observación general núm. 5 (2017) del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, bajo la rúbrica “apoyos espontáneos e informales” la Ley incorpora un precepto (art. 39 CDFA) dirigido a dar respuesta jurídica a la situación en que una persona, sin ser guardador de hecho ni titular de otra medida de apoyo, lleva a cabo espontáneamente determinadas actuaciones para ayudar a una persona con discapacidad. A partir de ahí, el precepto recuerda que hay ciertas instituciones jurídicas (tales como la gestión de negocios sin mandato, el pago por y para tercero o el contrato a favor de terceros) que dan soporte a este tipo de actuaciones siempre que sean de buena fe, pero sin pretender crear una subespecie de guarda de hecho.

## **2.3. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN REGIR LA ADOPCIÓN Y PRESTACIÓN DE APOYOS**

También la Ley 3/2014 formula los principios generales que debe regir la adopción y la prestación de las medidas de apoyo.

Como no podía ser otra de manera, entre ellos se erige como principio fundamental el *de respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, con*

*atención a su voluntad y preferencias* (art. 37.1 CDFA), en línea con los postulados de la Convención (arts. 3.a y 12.4), pero también con uno de los principios esenciales en los que tradicionalmente se inspira el Derecho aragonés como es el *standum est chartae* (art. 3 CDFA). Ahora bien, se ha optado, creo que muy razonablemente, por modularlo con el *principio del interés de la persona con discapacidad* presente en la vigente regulación, en particular, cuando 1.- no pueda conocerse su voluntad y preferencias (porque no exista tal voluntad o aun existiendo no pueda conocerse); 2.- su cumplimiento resulte imposible o extraordinariamente difícil; 3.- pueda suponer un peligro significativo para el bienestar de la persona con discapacidad o el de las personas a su cargo; o 4.- pueda generar un grave perjuicio para terceros. En tales casos excepcionales, prevé el art. 37.2 CDFA que “se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses” de la persona con discapacidad. Por añadidura, el art. 36.4 CDFA impone a la persona que preste el apoyo el deber de actuar en beneficio de la persona con discapacidad.

Según resulta de la lectura del art. 36 CDFA otros principios a respetar por las medidas de apoyo, provenientes igualmente de la Convención, son:

1º.- El *principio de respeto a los derechos y la dignidad de la persona con discapacidad*.

2º.- El *principio de proporcionalidad*, en el sentido que las medidas de apoyo “deben limitarse a las estrictamente necesarias, ser proporcionales y estar adoptadas a las circunstancias de la persona” y, además, “interpretarse restrictivamente”.

3º.- El *principio de temporalidad*, de tal manera que las medidas de apoyo “se apliquen en el plazo más corto posible”.

4º.-el *principio de revisión necesaria*, en el sentido que las medidas de apoyo estén “sujetas a revisiones periódicas”. En particular, por lo que hace a la curatela se establece *ex lege* un plazo de revisión mínimo de tres años. No obstante, acto seguido, se reconoce al Juez la facultad de fijar un plazo de revisión superior de manera excepcional y motivada, a la par que se le impone la necesaria revisión ante cualquier cambio relevante de la situación de la persona (art. 169-18 CDFA).

5º. El *principio de apoyo desinteresado y leal*, en el sentido que quienes prestan apoyo a las personas con discapacidad deben actuar de modo que no haya “abusos, conflicto de intereses ni influencia indebida” y, además, con la diligencia que emplean en sus propios asuntos como mínimo.

Una lectura detenida del nuevo régimen legal permite identificar numerosas aplicaciones específicas de este principio. Pueden mencionarse, entre otros, el art.

42 CDFA que se ocupa de resolver la posible existencia de intereses contrapuestos entre la persona que presta apoyo y la persona con discapacidad, ofreciendo soluciones diversas en función de la concreta modalidad de apoyo prestado. El art. 45-9 CDFA, que posibilita la intervención judicial, ya sea de oficio o a instancia de parte -ya sea de la propia persona con discapacidad o de cualquier interesado, o del Ministerio Fiscal-, para adoptar medidas en cualquier procedimiento para evitar abusos en ejercicio de las medidas de apoyo o, en general, evitar cualquier perjuicio a la persona con discapacidad. El art. 110 CDFA que declara la responsabilidad de quien preste medidas de apoyo por los daños, ya sean de índole personal o patrimonial, que pueda ocasionar a la persona con discapacidad por su actuación negligente en el desempeño de su función (art. 110). Y el art. 169-6.6º CDFA que contempla la posible extinción del mandato de apoyo por decisión judicial cuando su ejecución ponga en peligro los intereses del mandatario.

## **2.4. DESTINARIOS DE LAS MEDIDAS DE APOYO**

Otro extremo importante que resuelve la reforma, alejándose de la indefinición de la reforma estatal de 2021, tiene que ver con la concreción de los destinatarios de las medidas de apoyo.

Se ha optado así por incorporar una noción de discapacidad a efectos jurídico civiles, refiriéndola a aquellas situaciones previsiblemente permanentes que impiden o dificultan a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, ya sean de índole personal o patrimonial (art. 34.2 CDFA). En tal caso, según especifica el nuevo art. 34.3 CDFA en línea con la Convención, se le deben garantizar las medidas de apoyo que pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; ello sin descartar los apoyos espontáneos e informales.

A partir de ahí, la aplicación de las medidas de apoyo contempladas en la reforma (ya sea el mandato de apoyo, la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial) se circunscribe a las personas con discapacidad mayores de edad o menores emancipadas (art. 38.4 CDFA). a este respecto interesa recordar que el CDFA en sus arts. 30 a 32 prevé tres vías de emancipación para los menores mayores de 14 años: por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar, por concesión judicial y por vida independiente.

Ahora bien, ¿qué sucede con los menores no emancipados con discapacidad?

Obviamente, tratándose de menores de menos de catorce años estarán bajo la autoridad familiar o, en su defecto, tutela y, por consiguiente, sujetos a representación legal (art. 5.3 y 12.1 CDFA).

Pero ¿y los menores entre catorce y dieciocho años, desde el momento en que el Derecho aragonés les dispensa un tratamiento especial en el que ya no cabe la representación legal? Pues bien, la reforma ha intentado dar respuesta a esta situación, conscientes sus autores de que el régimen general previsto para estos menores mayores de catorce años puede resultar insuficiente cuando tengan alguna discapacidad que les impida actuar en el tráfico jurídico con la mera asistencia a la que se refiere el art. 23 CDFA. Para estos menores mayores de catorce años que necesitan un apoyo superior que la asistencia en el nuevo art. 38.2 CDFA se articula la posibilidad de que el juez -ya sea en el proceso de provisión de apoyos o en el que se dilucide los efectos de la ruptura de sus progenitores *ex art. 79.1* CDFA- complemente sus apoyos con medidas representativas a ejercer por los progenitores que estén en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, el tutor, “incluyendo, en su caso” el régimen sobre autoridad familiar o tutela a que estaba sujeto el hijo menor antes de los catorce años. Ello, en todo caso, a instancia del propio menor, de los progenitores o del tutor, o del Ministerio Fiscal (art. 38.2).

Es más -y aquí se adopta la previsión del art. 254.2 Cc-, para aquellos menores mayores de dieciséis años respecto de los cuales se prevea que van a necesitar apoyo tras su mayoría de edad se faculta al juez -también en el proceso en que se dilucide los efectos de la ruptura de sus progenitores *ex art. 79.1* CDFA- a proporcionarle la “medida de apoyo que corresponda” -entiéndase, una curatela en cualquiera de sus modalidades- para cuando alcance la mayoría de edad, con atención a las disposiciones voluntarias que haya podido otorgar el interesado (art. 113 CDFA) o sus progenitores (art. 116 CDFA), que le vinculan como regla (art. 119 CDFA). Ello salvo que el propio menor, a partir de los catorce años y con asistencia, haya otorgado un mandato de apoyo (art. 168), cuya aplicación será preferente, aunque también verá su eficacia pospuesta hasta su mayoría de edad.

Ciertamente, en el nuevo sistema de apoyos se ha prescindido de la potestad de guarda prorrogada y rehabilitada, tal y como se contemplaban en los derogados arts. 41 a 45 CDFA, pero no por los argumentos esgrimidos por la Ley estatal de 2021 en los que subyace, a mi entender, una absoluta desconfianza en el futuro apoyo que puedan brindar los progenitores a sus hijos adultos, sino por entender que no se acomoda a los postulados de la Convención por su excesiva rigidez y automatismo, en cuanto instituciones vinculadas a la extinta incapacitación. Eso sí, en su lugar, se ha incorporado una curatela especial de los progenitores en la que, en principio, se les dispensa de buena parte de las obligaciones impuestas al resto de los curadores cara el control del funcionamiento de la curatela (art. 169-28 CDFA).

Ello sin olvidar la facultad reconocida en el art. 116 CDFA a los progenitores de establecer disposiciones voluntarias sobre la futura curatela de sus hijos para el caso de que no puedan ocuparse de ellos (la antigua delación hecha por los titulares de la autoridad familiar). y, asimismo, la incorporación en el art. 476 bis de la sustitución ejemplar (como es sabido, suprimida del cc en la reforma de 2021), eso sí, circunscrita al supuesto en que los hijos estén sujetos a medidas de apoyo representativas y siempre que éstos no hayan otorgado testamento o pacto sucesorio válido. Todas estas previsiones revelan, si me permiten la expresión, una especial sensibilidad y respeto de los autores del anteproyecto hacia los padres de hijos con discapacidad, conscientes de que constituyen el principal -si no, el único- apoyo para sus hijos y que, por ello, debía dotárseles de un tratamiento especial dirigido a facilitarles su función.

## **2.5. TITULARES DE LAS MEDIDAS DE APOYO**

La Ley 3/2024 también especifica quienes pueden ser titulares de las medidas de apoyo, en particular, de las medidas voluntarias y judiciales, distinguiendo a tal fin -como en el anterior régimen sobre relaciones tutelares- entre personas físicas y jurídicas (arts. 123 y 169-2 referido al mandato de apoyo).

En concreto, tratándose de personas físicas, deben ser mayores de edad y estar en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, en el sentido de que no necesiten ellas mismas apoyos. En cuanto a las personas se exige, como hasta ahora, que “no tengan finalidad lucrativa” y, como novedad, que “entre sus fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad”.

Por añadidura, ni las unas ni otras podrán incurrir en las causas de inhabilidad previstas en el CDFA (art. 124) que, igualmente, han sido objeto de una importante revisión dirigida a su adecuación a los nuevos postulados de la reforma, pero también a la incorporación de nuevas causas, entre otras, la condena por violencia doméstica o de género.

## **2.6. NORMAS COMUNES A LAS RELACIONES TUTELARES Y MEDIDAS DE APOYO**

El régimen general de las medidas de apoyo se completa con una serie de normas comunes a las mismas y a las instituciones tutelares de menores, procedentes en su mayoría del anterior régimen general sobre relaciones tutelares formulado en el CDFA, pero debidamente actualizadas a la luz de los nuevos postulados resultantes de la Convención.

En lo que aquí interesa, en el art. 102 CDFA se atribuyen una serie de caracteres comunes a las medidas de apoyo. En particular:

1º.- Tratándose de medidas judiciales, su carácter obligatorio, de tal manera que sólo se admite la excusa de su ejercicio en los casos legalmente previstos (art. 125 CDFA).

Lo mismo puede decirse del mandato de apoyo, aunque de modo más matizado, ya que, si bien el mandatario queda obligado a su cumplimiento desde su aceptación (art. 169-3 CDFA), se permite su renuncia, siempre que sea debidamente formalizada ante notario y notificada fehacientemente al mandante, sin necesidad de alegar excusa alguna (art. 102.1, en relación con el art. 169-6.4º CDFA).

2º.- Su carácter personal, excluyendo, por tanto, la posibilidad de delegación, pero no la posible colaboración de otras personas (art. 102.2 CDFA).

3º.- Su carácter, en principio, gratuito (art. 102.3 CDFA). No obstante, en el art. 109 CDFA se mantiene posible retribución por el desempeño de una medida de apoyo, siempre que así lo decida el propio interesado o sus progenitores vía disposiciones voluntarias (art. 114.d y art. 115 CDFA) o, subsidiariamente, la Junta de parientes o el Juez, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita. Ello salvo que su ejercicio corresponda a una persona jurídica pública (arts. 109.3 y 169-28-2 CDFA, este último referido a la curatela) o se trate de una curatela de los progenitores (art. 169-28 CDFA).

Tal retribución se configura como una contraprestación que, en su caso, se reconoce a quien presta la medida de apoyo por el desempeño de su función. Por ello, no deben confundirse con otros derechos de índole económica que se le reconocen, igualmente, a cargo del patrimonio de la persona con discapacidad -de modo principal respecto al derecho de reembolso y subsidiario respecto al derecho de indemnización). Me refiero, de una parte, al derecho de reembolso de los gastos que le genere la prestación de la medida de apoyo, incluidos los derivados de la realización del inventario, prestación de fianza y medidas de vigilancia y control (art. 104.1 CDFA). Y, de otra, al derecho a indemnización de los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de la medida de apoyo sin culpa por su parte (art. 104.2 CDFA).

4º.- Su sujeción a control judicial

Ello implica, con arreglo al art. 105 CDFA, que el juez podrá establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas para evitar abusos y conflictos de intereses, aun en el caso de la guarda de hecho. Pero también que tanto

el Juez como el Ministerio Fiscal podrán exigir a quien preste el apoyo información, en cualquier momento y aun periódicamente, sobre situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad.

5º.- Por último, tratándose de la curatela, su sujeción a ciertas garantías ya contempladas en la regulación anterior como son la prestación de fianza y la formalización de inventario.

En particular, la prestación de fianza por parte del curador se condiciona en el art. 106 CDFA a que la Junta de Parientes o el Juez así lo exija, a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones y siempre que concurren razones excepcionales. No obstante, de esta obligación quedan exentas por imperativo legal las personas jurídicas públicas.

Complementariamente, el art. 107 CDFA impone *ex lege* al curador, siempre que tenga atribuidas funciones representativas la formalización de inventario, ya sea notarial o judicial, del patrimonio de la persona con discapacidad (art. 169-23 CDFA). La restricción de esta obligación a la curatela representativa tiene su explicación: Sólo tal caso el curador gestionará el patrimonio de la persona con discapacidad en su nombre, lo que justifica que antes de iniciar su ejercicio formalice el oportuno inventario. Ello a diferencia de las otras dos modalidades de curatela en que la gestión la mantendrá la propia persona con discapacidad con los apoyos que pueda necesitar, ya sean la mera comprensión o acompañamiento (art. 169-20 CDFA) o la asistencia (art. 169-21 CDFA).

Asimismo, conviene aclarar que, a diferencia de prestación de fianza, tal deber es preceptivo en todo caso, salvo obviamente que se trate de un curador de la persona o cuando la persona con discapacidad carezca absolutamente de patrimonio. No obstante, tratándose de los progenitores, se les exonera, en principio, de su cumplimiento; ello salvo que la autoridad judicial, a instancia del propio hijo o del Ministerio Fiscal, decida lo contrario en atención a las “circunstancias concurrentes” (art. 169-28 CDFA).

### **3. DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

Por último, no puedo acabar esta aproximación al nuevo sistema aragonés en materia de discapacidad resultante de la Ley 3/2024 sin unas pequeñas pinceladas sobre su régimen transitorio, dada su indudable trascendencia práctica.

Interesa así señalar que, a partir del 15 de julio de 2024 -fecha de la entrada en vigor de la Ley-, ya nadie puede ser incapacitado judicialmente en Aragón (DT

1<sup>a</sup> Ley 3/2024). Y solo eso ello, sino que además los declarados incapacitados judicialmente bajo el régimen anterior han recuperado su capacidad jurídica ex lege (DT 2<sup>a</sup> Ley 3/2024).

En segundo lugar, por lo que hace a las tutelas y curatelas constituidas bajo la legislación anterior a partir de tal fecha pasan a regirse automáticamente por el nuevo régimen resulta de la reforma; en concreto, por las relativas a la curatela representativa respecto de los actos sujetos a representación y las relativas a la curatela asistencial para los actos sujetos a asistencia (DT 3<sup>a.1</sup> y 2 Ley 3/2024). Se ha tratado así de liberar a los juzgados del gravamen de revisar las anteriores medidas al que se han visto, sin embargo, abocados por la reforma estatal de 2021, con su consiguiente colapso. Ahora bien, ello no obsta a que tal revisión judicial sea factible bien a instancia de la propia persona con discapacidad o su antiguo tutor o curador, bien por el propio juez de oficio o a instancia del Ministerio cuando se considere necesario una adaptación expresa de las medidas a la nueva legalidad vigente (DT 5<sup>a</sup> Ley 3/2024). Y ello, además, sin olvidar que, conforme a lo dispuesto en el art. 169-18 CDFA, las curatelas habrán revisarse cada tres años, salvo que el Juez establezca un plazo superior.

En tercer lugar, las antiguas prorrogas o rehabilitaciones de la potestad de guarda y, en particular, de la autoridad familiar, desde el momento en que desaparecen como medidas de apoyos, se convierten automáticamente en curatelas, asistenciales y/o representativas, en función de las concretas facultades que se les hubiese atribuido judicialmente (DT 3<sup>a.5</sup> Ley 3/2024).

En cuarto lugar, por lo que hace a los guardadores de hecho, quedan sujetos, en lo que hace a su actuación, al nuevo régimen legal (DT 3<sup>a.4</sup> Ley 3/2024), lo que implica fundamentalmente una importante ampliación de su ámbito de actuación, a la par que la necesidad de obtener la preceptiva autorización de la Junta de Parentes o el Juez para aquellos actos que excedan del ámbito ordinario (art. 169-2 CDFA). Lo mismo puede afirmarse de los defensores judiciales (DT 3<sup>a.3</sup> Ley 3/2024).

Por último, aquellos poderes preventivos y disposiciones voluntarias que fueron otorgados bajo la legislación anterior mantendrán su validez en todo aquello que no contradiga la nueva regulación DT 4<sup>a</sup> Ley 3/2024).

## II

### **LAS MEDIDAS DE APOYO**

Por el Excmo. Sr. D. Adolfo Calatayud Sierra  
Académico de Número

#### **INTRODUCCIÓN**

El objeto de mi intervención lo constituyen las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica a la persona con discapacidad, tal y como aparecen en el CDFA, tras su reforma. Recordemos que se entiende por discapacidad aquella situación, previsiblemente permanente, que impide a la persona comprender, valorar o expresar por sí sola el consentimiento en la toma de decisiones, tanto en aspectos personales como patrimoniales (artículo 34.2).

La expresión “medidas de apoyo” no aparecía hasta ahora en nuestro Derecho. Se ha ido adoptando por los diversos Derechos a partir de la Convención de NY, que dice que los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 12.2).

No es el único cambio de terminología que ha traído consigo la adaptación a la Convención ya no se considera correcto hablar de incapacidad, ni de incapaz, ni persona con la capacidad modificada, ni siquiera de discapacitado, hay que decir “persona con discapacidad” (este cambio ha causado incluso una reforma en la Constitución, artículo 49 de la Constitución Española, modificado el 17 de febrero de 2024).

Dejando aparte estos cambios terminológicos, hay quien considera que estamos ante un verdadero cambio de paradigma, con consecuencias de mucho fondo. Así, se ha puesto en entredicho la existencia del concepto mismo de capacidad de obrar, como distinta a la capacidad jurídica. Yo no lo entiendo, porque el

concepto de capacidad de obrar, es decir, la aptitud de una persona para realizar por sí sola actos jurídicos, de la que carecen, al menos parcialmente, las personas con discapacidad, y que es diferente de la capacidad jurídica, como aptitud para ser titular de derechos, está en la naturaleza misma de las cosas y creo que en nada contradice los principios de la Convención de NY.

Incluso se ha suprimido en España (Ley 8/2021) la incapacitación como procedimiento judicial para comprobar y declarar que una persona no tiene aptitud para gobernarse por sí sola y que, por ello, necesita medidas de protección (ahora diríamos medidas de apoyo). No estoy seguro de que la supresión de la incapacitación haya sido acertada. Seguramente habría sido conveniente modificar algún aspecto del procedimiento y, si se quiere, su denominación, pero lo cierto es que la incapacitación era un mecanismo enormemente garantista: juicio contradictorio, con todas las garantías del proceso, pruebas, informes y, al final, resolución del juez, con posibilidad de recurso.

El legislador, al regular los procedimientos para la provisión o adopción de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad (actualmente, en la LEC, artículos 748 y ss. y en la LJV, artículos 41 bis y ss.), elude toda referencia a la declaración por parte del Juez de que la persona sobre la que se pretenden establecer esas medidas de apoyo carece de aptitud de discernimiento suficiente y, por ello, precisamente, se tienen que adoptar las medidas de apoyo. Pero, inevitablemente, el Juez tiene que pronunciarse sobre la ausencia de aptitud, que es el presupuesto para la adopción de esas medidas, lo cual no deja de ser una declaración judicial similar a la de incapacitación, pero con menos requisitos y, por tanto, garantías que antes.

En cualquier caso, la competencia sobre Derecho procesal es competencia exclusiva del Estado, por lo que la C.A. de Aragón no puede crear un procedimiento para declarar la “discapacidad” de una persona.

**Medidas de apoyo.** Centrándonos en las medidas de apoyo, en la legislación anterior, las medidas que se adoptan para las personas que entonces se denominaba incapaces se llamaban instrumentos de guarda y protección. La nueva legislación habla de “medidas de apoyo”. Y podemos preguntarnos si se trata sólo de un cambio de denominación o existe algo más.

La expresión “medidas de apoyo” parece apuntar más a las necesidades derivadas de discapacidades físicas o sensoriales y a los instrumentos que pueden utilizar las personas que las padecen para evitar o reducir las limitaciones que les impone su discapacidad. Pues bien, lo que se pretende es extender esta idea a la discapacidad cognitiva, psíquica o intelectual: se trataría de una ayuda que se les

presta a las personas que se encuentran en esa situación para que, de esta forma, puedan ejercitar la capacidad jurídica por sí.

Pero, en la realidad, ¿hay una diferencia verdaderamente apreciable entre los instrumentos de guarda y protección anteriores y las medidas de apoyo que se han regulado tras la reforma?

Hasta la reforma de nuestro Derecho el TS había dicho en múltiples ocasiones que la legislación anterior, si era interpretada a la vista de la Convención, era perfectamente compatible con ésta (STS 29-4-2009, 15-7-2015, 16-5-2017, 27-9-2017, 8-11-2017, 7-2-2018, 6-3-2018, 7-3-2018, 3-12-2020, 6-5-2021) y que las medidas de apoyo de la Convención podían ser perfectamente las medidas de protección existentes: tutela, la curatela, la guarda de hecho, el defensor judicial y otras figuras establecidas en el Derecho español.

No obstante, el legislador ha decidido que había que modificar nuestra legislación para adaptarla a la Convención.

El objetivo principal que busca la reforma y que ordena la Convención es el respeto a la autonomía e independencia de la persona con discapacidad, con atención a su voluntad y preferencias, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, siempre que sea posible (artículo 37), en aras de proteger la dignidad de las personas con discapacidad. A esta finalidad se deben estos cambios terminológicos y la reforma del régimen jurídico de esta materia.

Ahora bien, téngase en cuenta que, cuando la discapacidad que padece la persona es de tal magnitud que no le es posible formar coherente su voluntad y tomar decisiones, hay que optar por un sistema de representación. Y ahí la expresión “medida de apoyo” no encaja bien.

Por otra parte, la igualdad en el ejercicio de los derechos que se pretende en estos casos no será posible, porque el representante no podrá llevar a cabo aquellos actos para los que la ley exija una actuación estrictamente personal (artículo 35.2). Pensemos en un testamento.

También quiero manifestar que creo que no sería acertado ni justo considerar que este cambio legislativo constituye un cambio copernicano en nuestro Derecho. La regulación de las medidas de protección a las personas con discapacidad en España desde hace tiempo venía imponiendo que éstas deben ser proporcionales, limitadas a lo estrictamente necesario, revisables y respetuosas con sus derechos y su dignidad. Es decir, no se trata, como alguien ha pretendido, de que las personas con discapacidad estaban sojuzgadas y su dignidad maltratada con la legislación anterior y que la reforma va a dar un vuelco a su situación.

Hay quien defiende que el principio esencial de protección de la persona con discapacidad ha sido abolido y sustituido por el del respeto absoluto de su voluntad y preferencias (se habla del derecho a equivocarse). Pero esto es una interpretación extrema de la Convención de NY, que creo que no respeta su espíritu.

En fin, en mi opinión, la modificación realizada, siendo importante, no supone un cambio tan radical y el principio de protección a las personas con discapacidad seguirá siendo un elemento esencial. Y esta afirmación es especialmente válida para el Derecho aragonés, en el que el principio de autonomía de la voluntad ya estaba fuertemente consolidado.

## TIPOLOGÍA DE MEDIDAS DE APOYO

**Regulación anterior del CDFA.** Como hemos dicho, las medidas de apoyo a las personas con discapacidad son el equivalente de lo que en el Derecho anterior se denominan instituciones de protección.

Conforme al texto anterior del CDFA, eran instituciones de guarda y protección (artículo 100):

- a) La tutela.
- b) La curatela.
- c) El defensor judicial

Y se añadía que podían contribuir a ello la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela.

Además, también constituían instituciones de protección la prórroga de la potestad de guarda, sea la autoridad familiar o la tutela, a que están sujetos los menores de edad, pero que se prorrogan automáticamente al llegar a la mayoría de edad; y se contemplaba, también, la posibilidad de la rehabilitación de la autoridad familiar por resolución judicial para los hijos solteros mayores de edad incapacitados que vivan con sus padres (artículos 41 y ss.).

**Reforma del CDFA.** La nueva regulación enumera las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. (artículo 101):

- a) El mandato de apoyo.
- b) La guarda de hecho.
- c) La curatela.
- d) El defensor judicial.

**Comparativa.** Comparando el régimen resultante de la reforma con los instrumentos de guarda y protección anteriores, cabe destacar lo siguiente:

1) **Desaparece la tutela de los mayores de edad.** Se ha decidido, siguiendo el criterio que instauró el CC, circunscribir la tutela a los menores de edad. En Aragón esto no supone un cambio radical, puesto que la diferencia entre tutela y la curatela estaba ya un tanto difuminada.

2) **Se eleva a medida de apoyo, como tal, el mandato de apoyo.** En realidad, el CDFA ya regulaba el mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación (artículos 109 y ss.), pero ahora se regula de forma más completa y se le da carácter preferente.

3) **Se eleva también de categoría la guarda de hecho.** En la regulación anteriores se decía que “puede contribuir” a la guarda y protección, mientras que con la reforma pasa a ser una verdadera medida de apoyo.

4) **Desaparecen la prórroga y rehabilitación de la autoridad familiar.** Se ha considerado que podría ser poco conforme con el espíritu de la Convención NY aplicar a una persona mayor de edad con discapacidad el régimen previsto para los menores de edad. Si bien, en realidad, esta modificación tiene menos alcance de lo que, en principio, podría parecer, puesto que se ha regulado una curatela especial por progenitores (artículo 169-28), que reduce las exigencias para éstos y acerca mucho el régimen de la curatela al que los padres tenían sobre sus hijos cuando eran menores de edad.

A parte de ello, se desarrolla el principio de autonomía de la voluntad, que ya estaba muy presente. Quizá ésta sea la principal modificación de fondo.

## **RELACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS MEDIDAS DE APOYO.**

Es importante, para comprender el sistema de medidas de apoyo que se diseña, cómo se relacionan entre sí y las preferencias existentes entre ellas:

1) Se establece que la persona designada voluntariamente para prestar apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que no se configure como mandatario se considerará designado para ser curador, con independencia de la denominación que se le atribuya (artículo 113.3). Se consigue así una tipicidad de las medidas de apoyo, huyendo de un sistema abierto, más inseguro (artículo 255 CC). Siendo que la curatela es totalmente modulable y adaptable, no hay necesidad de dar pie al establecimiento de otras medidas de apoyo voluntarias, cuyo régimen jurídico plantearía dudas difíciles de resolver.

**2)** El poder preventivo (que incluya cláusula de que subsista si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica o que se otorgue para cuando se produzca esa situación) que no se base en un mandato de apoyo no se considerará medida de apoyo de la persona con discapacidad. Esto quiere decir que no impedirá la provisión judicial de apoyos y el nombramiento de curador (artículo 169-8). El poder es un acto unilateral y no puede imponer al apoderado las obligaciones y responsabilidades que conllevan las medidas de apoyo al apoderado, ni siquiera por hacer uso del poder.

En realidad, el poder preventivo es un complemento importante cuando la medida de apoyo efectiva es una guarda de hecho y así viene funcionando con mucha frecuencia en la práctica; pero, en sí mismo, no es una medida de apoyo.

**3)** El mandato de apoyo sí que se considera medida de apoyo y con carácter preferente a todas las demás, por lo que, habiendo mandato de apoyo, el Juez sólo adoptará una medida judicial de apoyo complementaria o supletoria cuando considere, por resolución motivada, que el mandato resulta insuficiente, inadecuado o no se está ejecutando eficazmente (artículo 169-7).

**4)** La existencia de mandato de apoyo que abarque todos los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica excluye la guarda de hecho, que sí que podrá existir respecto de aquellos apoyos no comprendidos en el mandato y también cuando la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo (artículo 169-10.1).

**5)** Si a la persona con discapacidad se le hubiera nombrado curador, no podrá haber guarda de hecho, salvo que se encuentre en situación de desamparo (artículo 169-10.2). Es preferente el curador nombrado por el Juez al guardador de hecho.

**6)** La existencia de una guarda de hecho no excluye la curatela: el propio guardador de hecho podrá instar su nombramiento como curador (artículo 169-10.3). No sólo eso, existiendo guarda de hecho, podrá constituirse la curatela, si así lo solicita el Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad o el guardador de hecho (artículo 169-19.3).

Es decir, la guarda de hecho decae ante las demás medidas de apoyo, que tienen carácter preferente. Es cierto que la guarda de hecho tiene una gran importancia práctica para resolver en muchas ocasiones la situación de personas con discapacidad y que la mayor parte de las veces cumple su función, pero presenta graves inconvenientes: falta de control, dificultad de prueba (como situación de mero hecho, que puede cambiar de un día para otro) e insuficiencia cuando se

precisan actos jurídicos de cierta importancia con alguna frecuencia.

Por ello, se da preferencia a las demás medidas de apoyo, bien porque se basan en la voluntad de la persona con discapacidad, como es el caso del mandato de apoyo, o bien porque tienen mayores garantías, por el control judicial, como con la curatela.

A continuación, haré unas referencias al régimen de las disposiciones voluntarias que pueden adoptarse en esta materia, a la guarda de hecho y a la curatela.

## **DISPOSICIONES VOLUNTARIAS PARA LA DISCAPACIDAD**

Siguiendo lo que ya establecía el Derecho aragonés y en línea con la Convención de Nueva York, la reforma da un gran papel a las disposiciones voluntarias que pueden establecerse en esta materia.

Podemos distinguir varios grupos de disposiciones voluntarias:

**1) Las de designación de tutor o curador para uno mismo (artículo 113):** cualquier persona mayor de catorce años y con aptitud suficiente para determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella, en previsión de quedar sujeta a tutela o de que concurran causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer la función de tutor (si es menor de edad) o curador (si es mayor de edad) y sus sustitutos, excluir a determinadas personas, así como dispensar las causas de inhabilidad o establecer los requisitos que debe reunir el tutor o curador, así como delegar en otra persona su elección de entre los que haya relacionado en la escritura pública o reúnan esos requisitos.

Obsérvese que se permite establecer estas disposiciones incluso al menor mayor de catorce años, pero, si no está emancipado, necesitará para ello la debida asistencia y las disposiciones voluntarias que establezca sobre la curatela no tendrán eficacia hasta su mayoría de edad o emancipación.

Incluso se dispone que las mismas disposiciones podrá establecer la persona con discapacidad sujeta a curatela no representativa si actúa con la asistencia del curador. Es una novedad introducida a última hora y puede tener utilidad para diversas finalidades, por ejemplo, determinar un sustituto para el actual curador.

Téngase en cuenta que aquí no estamos hablando de lo que el CC denomina “medidas voluntarias de apoyo”, puesto que al tutor y curador los nombra el Juez (artículo 104), pero las disposiciones voluntarias establecidas tienen gran fuerza,

puesto que vinculan al Juez excepto que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias o que concurran hechos relevantes no tenidos en cuenta (artículo 119).

**2) Otras disposiciones voluntarias (artículo 114).** Se les permite a las mismas personas establecer en escritura pública disposiciones sobre el funcionamiento de la tutela o curatela y relativas a su persona y bienes, entre ellas:

a) Instrucciones relativas a su vida personal.

b) Reglas sobre administración y disposición de sus bienes. Podrán eximir al tutor o curador con facultad de representación de la autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez para llevar a cabo los actos regulados en el artículo 169-24, salvo los de carácter gratuito.

c) Establecer órganos de fiscalización de la actuación del tutor o curador, así como designar a las personas que hayan de integrarlos y determinar los requisitos que deben reunir. También podrán encomendar la fiscalización a la Junta de Parientes.

d) Establecer retribución para el tutor o curador.

e) Excluir la obligación de prestar fianza.

En ningún caso pueden excluir la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal, ni liberar al tutor o curador de su obligación de formar inventario y de rendir cuentas, ni de su responsabilidad por los daños y perjuicios que su actuación les pueda ocasionar, ni dejar sin efecto las causas legales de remoción. Tampoco pueden autorizar su actuación sin intervención de la Junta de Parientes o el defensor judicial si hubiera oposición de intereses entre la persona con discapacidad y el curador.

Aunque este precepto se contiene dentro del capítulo referido a las disposiciones voluntarias sobre tutela o curatela, las disposiciones que no se refieren específicamente a éstas entiendo que son de aplicación a cualquier otra medida de apoyo: mandato de apoyo o guarda de hecho. Es el caso de las instrucciones relativas a la vida personal o sobre administración y disposición de sus bienes.

Estas disposiciones tienen la misma vinculación para el Juez, con las mismas excepciones. Pero, además, se establece que las disposiciones voluntarias relativas a su propia persona serán vinculantes para el tutor o curador (y, entiendo, para el guardador de hecho y el mandatario de apoyo), salvo que su cumplimiento sea imposible o extraordinariamente difícil (artículo 119.2). Pensemos que una persona ha podido dejar establecidas unas reglas sobre dónde y cómo quiere vivir

que no sea posible hacer efectivo por no disponerse de recursos económicos suficientes.

**3) Disposiciones de los titulares de la autoridad familiar sobre tutela (artículo 115).** Superando la desconfianza hacia los padres expresada por la reforma del CC y en una línea de reconocimiento de que los progenitores son casi siempre las personas más idóneas para la solución de los problemas que plantea la discapacidad de las personas, se concede a los titulares de la autoridad familiar la facultad de hacer disposiciones sobre la tutela de sus hijos menores que sigan bajo su autoridad para cuando llegue el día en que no puedan ocuparse de ellos y deban quedar sujetos a tutela, si bien prevalecerán las disposiciones del propio menor, si las hubiera (artículo 115).

La vinculación de estas disposiciones para el Juez es la misma que hemos mencionado.

**4) Disposiciones de los progenitores sobre la futura curatela de sus hijos (artículo 116).** Y también se concede a los progenitores titulares del ejercicio de la autoridad familiar la facultad de establecer disposiciones voluntarias sobre la curatela de sus hijos menores con discapacidad o en previsión de que lleguen a tenerla para cuando alcancen la mayoría de edad; incluso, se atribuye a los progenitores que sean curadores representativos de sus hijos mayores la facultad de establecer disposiciones sobre la futura curatela de éstos para cuando dejen de ser curadores.

Con el mismo carácter vinculante.

**5) Reglas sobre administración de los bienes (artículo 112).** Aparte de esto, se mantiene la posibilidad de que quien disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o persona con discapacidad provista de apoyos asistenciales o representativos establezca reglas de gestión y nombre o excluya al administrador. Pero esto no constituye medida de apoyo y las funciones no conferidas al administrador, incluida la prestación de la debida asistencia, corresponden a los padres, al tutor o a la persona que preste los apoyos referidos.

**6) Mandato de apoyo (artículos 168 y ss).** Es la auténtica medida voluntaria de apoyo y a la que se da preferencia, conforme a los principios de la Convención de NY. Se trata del contrato por el que una persona mayor de catorce años (si no está emancipado necesitará la preceptiva asistencia) y con aptitud suficiente para comprender el significado y los efectos de lo que hace y determinar su voluntad (mandante), en previsión de la concurrencia de causas que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, encomienda a otra u otras (mandatarios), que aceptan,

que le presten el apoyo necesario para gestionar sus intereses personales o patrimoniales (artículo 168). Este carácter de contrato entre mandante y mandatario es esencial y lo distingue del poder sin mandato.

Su contenido puede ser diverso, puede ser general o particular y contemplar los concretos apoyos a prestar por el mandatario (artículo 169).

Un aspecto crítico de estos mandatos lo constituye su inicio de eficacia (artículo 169-1), es decir, la determinación de que ha llegado el momento en que el mandatario ha de ejercer su función. Otros países contemplan un procedimiento judicial para este inicio. La reforma, de modo similar al CC, aunque más completa, la remite a la intervención notarial, con las siguientes reglas:

1. Para acreditar la concurrencia de las causas que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica, el mandatario comparecerá ante Notario con un informe pericial en el que se declare la concurrencia de dicha situación y la fecha desde la que se entiende producida.

2. Si hubiera previsiones del mandante sobre el inicio de eficacia, también deberán ponerse de manifiesto ante el Notario.

3. El Notario podrá entrevistar al mandante y solicitar pruebas complementarias.

4. En el acta notarial que se levantará al efecto se harán constar la declaración del mandatario, el informe pericial y las demás diligencias y pruebas practicadas, así como el inicio de eficacia de las diversas medidas de apoyo previstas.

5. Autorizada el acta, se presumirá ante tercero de buena fe la vigencia del mandato.

Esta figura está destinada a convertirse en la medida de apoyo por excelencia, aunque la falta de costumbre puede llevar consigo que cueste su implantación. Pueden surgir obstáculos por parte de los mandatarios, normalmente hijos, que se resistan a asumir las responsabilidades que un contrato les impone.

La Ley regula también el **poder preventivo sin mandato** (artículo 169-8), que, aunque no sea medida de apoyo, desde luego que no se prohíbe. Existen dos modalidades, según que tenga eficacia inmediata pero incluya cláusula de que subsista si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica o que se otorgue exclusivamente para cuando se produzca esa situación.

Aunque no es una medida de apoyo, se establecen varias reglas específicas para ellos, por su gran importancia práctica:

- a) Habrán de otorgarse en escritura pública.
- b) Deberán comunicarse al Registro Civil.
- c) El Juez y el Ministerio Fiscal podrán exigir al apoderado la rendición de cuentas de su actuación.
- d) El Juez, en resolución motivada, los podrá declarar extinguidos en todo o en parte, tanto al constituir la curatela, como posteriormente a instancia del curador.

Si el poder no se extingue al establecerse la medida de apoyo judicial, el apoderado deberá rendir cuentas de su actuación al curador.

En el supuesto de que el poder se otorgue para cuando se precise apoyo, el inicio de su eficacia se regirá por lo dispuesto para el mandato de apoyo.

Como dijimos, en realidad, el poder tiene su principal función en servir de apoyo a la guarda de hecho.

### **GUARDA DE HECHO (artículos 169-9 y ss.).**

Es una situación de mero hecho a la que el legislador da carta de naturaleza como auténtica medida de apoyo en reconocimiento a su arraigo en la realidad social. A estos efectos, se considera guardador de hecho a la persona física o jurídica que por iniciativa propia presta los apoyos precisos a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con ánimo de permanencia. Ya hemos explicado su importancia práctica, pero también sus inconvenientes y que, por ello, tienen preferencia el resto de las medidas de apoyo.

La reforma ha establecido varias normas destacables sobre la guarda de hecho:

1) Resuelve la cuestión de la posible guarda de hecho plural, a la que se da un cierto carácter excepcional, ya que sólo se acepta que se ejerza simultáneamente por ambos progenitores respecto de sus hijos mayores o por varios hermanos respecto de sus progenitores o hermanos. Fuera de esos casos, sólo puede haber un guardador de hecho (artículo 169-11).

2) Se afronta uno de los principales problemas que plantea en la práctica, que es su acreditación, para la cual se da una eficacia especial a la declaración de la Junta de Parentes y al acta notarial de notoriedad, pero en ambos casos con una vigencia de dos años (artículo 169-13), porque, como situación de hecho, está sometida a posibles cambios.

3) Por lo demás, los actos que excedan de la administración, disposición para gastos ordinarios y disposición de escasa importancia, será precisa autorización de la Junta de Parientes o del Juez (artículo 169-12).

### **CURATELA (artículos 169-15 y ss).**

Es la medida de apoyo judicial por excelencia, de carácter estable, cuya extensión graduará la autoridad judicial en atención a las concretas necesidades de apoyo que la persona tenga para el ejercicio de su capacidad jurídica. Es totalmente graduable, en atención a las concretas necesidades de la persona con discapacidad (artículo 169-15).

Es especialmente destacable el establecimiento de tres **modalidades de curatela**, que son compatibles entre sí, con el mismo curador, de modo que el Juez determinará en qué casos se aplica cada una. Concretamente:

1) Curatela de comunicación y acompañamiento (Artículo 169-20), que procede cuando la persona con discapacidad presente problemas de comunicación para manifestar su voluntad y necesite de una persona que lo陪伴 para poder darla a conocer, así como cuando precise apoyo para la consideración de opciones y la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias. La decisión sobre el acto jurídico, al final, corresponde exclusivamente a la persona con discapacidad.

2) Curatela asistencial (Artículo 169-21), en la que la función del curador consiste en prestar asistencia a la persona con discapacidad para la válida formación de su consentimiento. Se mantiene la definición de asistencia que ya contiene el artículo 27 para el menor mayor de 14 años: requiere conocer el acto que la persona con discapacidad se propone realizar, valorar sus preferencias, informarle de la transcendencia del acto o negocio y considerarlo conforme a sus intereses. De modo que, aunque quien otorga el acto es la persona con discapacidad, la ausencia de asistencia, invalida el acto realizado.

3) Curatela con facultades de representación (artículo 169-23), para los actos en que la persona con discapacidad no pueda determinar su voluntad, expresarla y actuar conforme a ella. En estos casos, existe la lista de actos en que el curador representativo requiere autorización del Juez o de la Junta de Parientes, que se determinan por remisión a los artículos 14, 15 y 16 de los menores de 14 años (artículo 169-24).

Por último, hay que destacar la regulación de la **curatela por progenitores** (artículo 169-28). Viene a ser el sustituto de la potestad de guarda prorrogada o

rehabilitada, que la mayor parte de la Comisión entendió que su mantenimiento, a la vista de la Convención de NY, era discutible. Como solución alternativa, se ha establecido una curatela con menos cargas, próxima a lo que es la autoridad familiar sobre hijos menores de edad: los progenitores quedan eximidos de la necesidad de hacer inventario o una rendición periódica de cuentas y los actos sujetos a autorización o aprobación son que la requerirían si el hijo fuera menor de edad, menos que cuando se trata de personas con discapacidad.

Además, este régimen se puede extender por el Juez a la curatela que ejerza el cónyuge, el otro miembro de la pareja estable no casada, un descendiente o un hermano de la persona con discapacidad.



# **EL ULTIMO VIAJE DE MARCO POLO: NUEVOS DESCUBRIMIENTOS SOBRE SU TESTAMENTO Y LA HERENCIA FAMILIAR DEL MERCADER VENECIANO**

Conferencia pronunciada el 18 de noviembre 2024

por el

Excmo. Sr. D. José Luis Artero Felipe  
Académico de Número

## **I.- PRESENTACIÓN. ¿POR QUÉ MARCO POLO?**

El 09 de enero de 2024 se han cumplido 700 años de la muerte de Marco Polo. Durante todo este año Venecia ha preparado un amplio y variado programa para conmemorar esta efeméride relacionada con uno de sus ciudadanos más ilustres. Además de una exposición en el Palacio Ducal, se han realizado diversos eventos (ciclos de conferencias, conciertos, etc...). En febrero, el conocido Carnaval ha tenido como temática los viajes y descubrimientos y, en particular, se ha dedicado a la Ruta de la Seda. En abril, el Teatro La Fenice estrenó una Opera en homenaje a este explorador, y la Universidad Ca' Foscari ha celebrado un simposio sobre su figura. Y, para despedir el año, en Noche Vieja tendrá lugar un multitudinario concierto como broche de oro de este importante aniversario.

De hecho, el mercader ya había protagonizado importantes noticia en los años precedentes; en 2019 se anunciaba la restauración de su testamento por la asociación Scrinium y la consiguiente edición de 185 facsímiles del histórico documento público. Y, en 2020, se dio a conocer el testamento de una joven llamada Agnese que podría haber sido una hija desconocida del viajero veneciano.

En cualquier caso, todo ello justificaría esta conferencia y el posterior artículo, que se publicará en el Anuario 2024 que edita la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Sin embargo, mi admiración por Marco Polo viene de lejos, siendo muy joven. No puedo dejar de hacer referencia a la miniserie de televisión de 1982, producida por la Radio Televisión Italiana (RAI), que se estrenó en España en 1984, cuando tenía 13 años. Aún recuerdo con emoción los martes por la noche en que se emitieron sus ocho capítulos haber grabado el último de ellos en una cinta de video del sistema Beta, que aún conservo; despertó mi interés por el veneciano y, en cierto modo, mi pasión por viajar, conocer otros lugares y culturas, entusiasmarme por el mundo y las gentes que lo habitan.

La producción era verdaderamente colosal, a la altura del biografiado: un rodaje de cuatro años y un presupuesto de 16 millones de euros de la época, rodada en 3 continentes y con cerca de 40.000 extras. Fue dirigida por Giuliano Montaldo, con un reparto estelar, entre los que figuraban los “oscarizados” Burt Lancaster, Anne Bancroft, John Gielgud, Francis Murray Abraham y otros grandes actores como Delhom EllioLeonard Nimoy, David Warner y Ken Marshall en el papel principal. En particular no he podido olvidar la impresión que me produjo la banda sonora original compuesta por el italiano Ennio Morricone (desaparecido recientemente), sin duda uno de sus mejores trabajos, de entre cerca de 500 partituras para cine y la pequeña pantalla. Debo confesar que, en ocasiones, he redactado estas líneas escuchándola.

Existe otra serie para NETFLIX de 2014, en este caso norteamericana, que fue cancelada después de su segunda temporada y de la que se emitieron 20 episodios.

Marco Polo vivió a caballo entre los siglos XIII y XIV (nace en 1254 y muere en 1324), en concreto, al final del periodo conocido como baja Edad Media (que abarca de los siglos XI a XV, en concreto hasta 1453 fecha de la caída de Constantinopla y aún hasta 1492, con el Descubrimiento de América). Fue precursor del Renacimiento (movimiento artístico que preconizaba una vuelta a la cultura clásica de Grecia y Roma) y del Humanismo (el vehículo intelectual que lo hizo posible a través de la adopción de una visión antropocéntrica del mundo, desterrando el encorsetado teocentrismo medieval).

Como afirma BERGREEN “*Marco tenía un pie en las civilizaciones de la Antigüedad y otro en el Renacimiento que comenzaba a emerger en toda Europa*”; este autor insiste en que “*resulta difícil imaginar el Renacimiento sin el ejemplo*

*que sentó Marco Polo de transmisión cultural entre Oriente y Occidente”* y del fenómeno que hoy conocemos como globalización ya que trató de conectar todo el mundo conocido hasta entonces. En palabras de DESROCHES “*aunque el autor pertenezca al final de la Edad Media, su visión planetaria anuncia, sorprendentemente, la nuestra*”

Maese Polo estableció las bases del comercio moderno, en un mundo en que todavía quedaban muchos países, territorios y culturas por descubrir y un contexto en que las “jornadas” de viaje (la distancia que puede cubrirse en un día a caballo o en camello) se medían por semanas, meses e incluso años.

Sin duda Marco Polo nos legó el relato de un increíble viaje en el espacio, pero también en el tiempo; es un hombre de futuro, extraordinariamente adelantado a su época, debido a su cosmovisión. Todos los descubrimientos que describe tardarían aún muchos años (e incluso siglos) en verse en Europa. Quizá fue uno de los motivos por los que inicialmente sus compatriotas y contemporáneos no le creyeron.

Fue nada menos que explorador/aventurero, navegante, embajador/diplomático, comerciante/mercader, etc... Ciento es que no fue el primero en viajar a tierras tan lejanas (sin ir más lejos le habían precedido su padre y su tío, así como un buen número de religiosos y misioneros), pero sí fue un pionero en relatar con detalle su odisea, sin prejuicios ni lecciones morales; es un testigo neutral, no el protagonista (si bien en algunas ocasiones, destaca su “buen hacer”, el cumplimiento escrupuloso de sus misiones o el hecho de que el Khan le profesaba un “sincero afecto”). No obstante, “*Marco Polo es uno de los periodistas o comunicadores más grandes de la Historia*” (CURATOLA).

En “El Libro de las Maravillas del Mundo” encontramos a un verdadero cronista de su caótico tiempo, un puente o conexión entre civilizaciones como pocas personas en la Historia de la Humanidad (de entonces y aún ahora). Al transmitir sus conocimientos se presenta como el principal impulsor del gran cambio en la visión que se tenía del continente asiático. En aquel entonces, creer lo escrito por Marco Polo suponía cuestionar la pujanza y superioridad de Europa, pues no en vano se tenía al pueblo mongol como una raza de salvajes y bárbaros, “criaturas salidas del propio infierno”, “un ejército de Satanás” o “espíritus malignos surgidos de la oscuridad”. Para sus coetáneos una vez traspasadas las fronteras de Persia se abrían, literalmente, las puertas del averno y con él la condenación eterna en tierra de infieles.

Marco Polo describió (y en cierto modo también descubrió) una parte del mundo prácticamente desconocida en su época, que permitió cambiar la estrecha

mentalidad y la superstición que habían caracterizado a la Edad Media; contribuyó de forma trascendental al conocimiento de la Tierra. Llegó a hablar cuatro idiomas (turco, árabe, mongol y el persa que era una especie de lengua franca del Imperio), pero persisten las dudas si llegó a aprender el chino y aún incluso si hablaba con fluidez su propia lengua materna debido a los años que pasó fuera de Venecia.

Sin embargo, muchas son las dudas que se siguen planteando (sobre su familia, el itinerario de ambos viajes, las funciones que desempeño en China y los lugares que realmente visitó, las condiciones en que se escribió el “Libro de las Maravillas” y aún su real autoría, su vida en Venecia, y el verdadero patrimonio de la familia, etc...). Tanto el viajero como su obra continúan siendo objeto de debate y escrutinio por parte de los historiadores y bibliófilos, debido a la doble aventura del hombre y del libro.

## II. EL LEGADO DE MARCO POLO. COORDENADAS HISTORICAS

### 1. El origen: La República de Venecia.

La vida de Marco Polo y su posición en la Historia no pueden entenderse sin hacer referencia a la República Serenísima de Venecia, de la que acaso sea su ciudadano más conocido. Como enseña CURATOLA, “*un mercader veneciano a finales del siglo XIII (...) no era un individuo aislado, sino un personaje integrado en un mecanismo perfectamente engrasado y eficaz. En términos contemporáneos diríamos que Venecia era un “sistema” y sabía bien como “trabajar en equipo”*”. Vamos a comprobarlo.

Antes de su unificación, Italia (la península itálica) era un mosaico de pequeñas ciudades – Estado y repúblicas marineras o mercantiles (principalmente Génova, Pisa, Amalfi y Venecia), enfrentadas continuamente en guerras de comercio por obtener el monopolio o el dominio de diferentes rutas, y en particular, el control de los Mares Mediterráneo y Adriático.

El estatus, el poder y la riqueza en Venecia ya no estaban asociadas a la propiedad inmobiliaria o de tierras, sino al éxito comercial y en los negocios. Como afirma Patrizia MAINONI, Catedrática de Historia Medieval, “*el mercader o el artesano también puede ser en teoría muy rico y disponer de una gran cantidad en mercancías o de capital líquido, pero desde el momento en que no ha invertido en tierras ... resulta estar sin bienes*”. Precisamente por ello, como veremos, las

citadas Repúblicas tuvieron que arbitrar nuevos medios y mecanismos para averiguar el verdadero patrimonio de sus ciudadanos de modo que pudieran gravarlo con los correspondientes tributos y otros tipos de imposición (en particular de esa nueva y floreciente clase social como los comerciantes: su riqueza, era más difícil de controlar, valorar y, en suma, “fiscalizar”).

Todos los venecianos estaban unidos y comprometidos en una “causa común”; como afirma BERGREEN *“en ninguna otra ciudad Estado el ejercicio del comercio era tan cercano a la práctica de la guerra como en Venecia, donde ambas actividades eran prácticamente la misma cosa”*. En efecto, poder militar y económico se hacían equivalentes. La amenaza de otras potencias marítimas redundaba en que Venecia se encontrase en un permanente estado de paz armada. De hecho, su rival Génova, era caracterizada como una “Fiscal – Military State”, es decir, una República de naturaleza “fiscal – militar” (MAINONI).

Venecia, se había convertido en el centro comercial de toda Europa, la Nueva York de aquel momento en palabras del historiador Pierlavise ZORZI, una ciudad verdaderamente internacional. Una República Marinera dotada de un sistema de administración del Estado reconocido (e imitado) en todo el mundo. Su verdadera religión era el comercio y el dinero el único Dios verdadero.

La ciudad de los canales controlaba el comercio con Oriente y los puertos marítimos que lo hacían posible, en particular por medio de su poderosa Armada, compuesta principalmente por galeras y buques de guerra que se construían en serie en los astilleros de la ciudad, en la zona denominada “Arsenale”.

BERGREEN reitera que una de las fortalezas de Venecia era la de presentar un *“frente unificado ante el mundo”*, a través de unas pocas familias, una oligarquía, que dominaba la ciudad – Estado; unas estirpes de nobles que atesoraban casi la totalidad de la riqueza. Esta situación, como es lógico, no era privativa tan solo de Venecia; por citar tan solo un ejemplo, en Siena, entre los años 1287 a 1355 (en la época de Marco Polo) se implantó el conocido como “Gobierno de los Nueve”, compuesto por un influyente grupo de profesionales de clase alta (mercaderes, banqueros, comerciantes, industriales, etc...).

Venecia era una ciudad multicultural y cosmopolita (convivían en ella personas de todas las razas y religiones; el mundo se dividía simplemente entre compradores y vendedores). Su propia etimología (*“Veni etiam”*, ven de nuevo) como ha sugerido SANSORINO, ratifica su carácter de ciudad abierta a todos. Una gran urbe que en el siglo XIII tenía censados cien mil habitantes, orgullosa de la tierra que había ganado trabajosamente al Mar Adriático.

La cima en la pirámide de la estricta jerarquía social que imperaba en la República Veneciana (una clase dominante, consistente en siete gremios particularmente distinguidos, presidida por el Dux o dogo de Venecia) la ocupaban los jueces y notarios (y en general las profesiones jurídicas). Esta circunstancia permite hacernos una idea de la considerable importancia que ostentaban la Ley y el Derecho como una forma de garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de los pactos, negocios y la multitud de transacciones comerciales que se realizaban a diario.

A este respecto podemos remitirnos a la obra de Shakespeare “El mercader de Venecia”, que si bien transcurre casi dos siglos después de Marco Polo, nos permite comprobar la relevancia que se concedía al estricto cumplimiento de los contratos, “estar a lo pactado” por heterodoxas que fueran las estipulaciones del negocio jurídico celebrado. El culmen de la trama, precisamente, estriba en los términos y el cumplimiento de la truculenta garantía que Antonio ha ofrecido por el abono del pagaré de 3.000 ducados, prestados por el avaro judío Shylock: una libra de carne humana; *“quiero obtener la ejecución de la cláusula penal de mi contrato; si me la negáis que el daño que resulte de ello recaiga sobre la Constitución y las libertades de vuestra ciudad (...) Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora no tienen fuerza”* (Acto IV, Escena I).

Los mercaderes, en suma, gozaban de un peso político, económico y social muy relevante que no hizo sino crecer durante siglos. Marco Polo nació en el seno de una familia de esos comerciantes, que habían emprendido un viaje increíble. En palabras de CURATOLA, Venecia era la madre de Marco Polo, pero Constantinopla iba a ser su hermana, como *meta inevitable del comercio e intercambios con Oriente* (de hecho, el actual barrio de “Beyoglu” en Estambul era conocido como “el veneciano”). Posteriormente, China sería una prolífica y fructífera madre adoptiva.

## **2. El destino. El Imperio mongol: China.**

### A) Los mongoles.

Mientras Venecia se convertía en una de las ciudades más ricas y prósperas de Europa, “*en las profundidades de la inmensa Asia también había ido configurándose una entidad geopolítica de unas dimensiones y potencia inimaginables*”, como explica el Catedrático de Lengua italiana CARRERA DIAZ. En Eurasia se imponían dos bloques o civilizaciones antagónicas, los tártaros (como se conocía a los mongoles) y el Islam (árabes).

Antes de los hermanos Polo, se habían documentado viajes de algunos pioneros como Benjamín de Tudela, o Giovanni Pian del Carpini (Juan de Piano Carpigno), que acompañado de Esteban de Hungría, llegó hasta Karakorum, y a quien se debe la primera crónica detallada de los tártaros (“Ystoria Mongalorum” o “Historia de los mongoles”). Y el flamenco Guillermo de Rubruck (fray Guillermo Ryusbroeck, apodado Rubruquis), que describió su experiencia en Asia en “Itinerarium Willelmi de Rubruc ad partes orientalis”. Estas misiones eran auspiciadas, generalmente, por monarcas europeos y sobre todo por los Papas (vg. Inocencio IV), y destinadas casi en exclusiva a la evangelización, de ahí que las encabezaran sacerdotes.

En toda Asia existían imperios cerrados al contacto con el exterior; tan solo podían encontrarse algunos puertos, ciudades marítimas o costeras abiertas a un comercio todavía muy embrionario, lo que redundaba en la falta de noticias realistas y en el desconocimiento (y temor) mutuo entre Oriente y Occidente que Marco Polo contribuyó a disipar. En efecto, nos permitió “orientarnos”, lo que significa, literalmente, mirar hacia Oriente.

Los tártaros se habían expandido hacia el Oeste, hasta llegar a las puertas de Europa, arrasando y devastando pueblos enteros. Sus dominios alcanzaban el territorio de la actual Hungría (conquistaron Pest en 1237) y amenazaban con hacerse con la totalidad del Viejo Continente. Tal es así que llegó a celebrarse una vigilia de oración en la Catedral de Notre Dame de París pidiendo al Todopoderoso que aplacase la furia y la sed de destrucción y de sangre de los “bárbaros”. Esas plegarias fueron escuchadas; cuando se encontraban en las puertas de Viena, las tropas mongolas se replegaron y, providencialmente, volvieron a Asia como consecuencia del fallecimiento de uno de los khanes.

Conforme esos pueblos nómadas que avanzaban en oleadas, de forma anárquica y sin ningún líder, comenzaron a unificarse, se mostraron más interesados en el comercio que en la guerra. Como apunta SHKLOVSKI, los tártaros “*no solo saqueaban, también compraban*”, lo que ofrecía un nuevo campo al comercio; por ello empezaron a producirse tímidos acercamientos, (comerciales y diplomáticos), entre ellos los protagonizados por la familia Polo en sus dos viajes (1255 a 1269 y 1271 a 1292, en esta ocasión ya con el joven Marco Polo).

Sin embargo no sería hasta 1206 en que Temujin, que gobernó con el nombre de Gengis Khan (o Chingiz) “Señor del Gran Océano”, tras una hábil política de alianzas, no exenta de guerras tribales, unió a todos los clanes bajo un mismo mando y una sola autoridad. En palabras de FONSECA “*surgió un jefe que consiguió fundir todas las tribus en una unidad obediente (...) y creó un ejército*

*profesional*”. No obstante, el Imperio mongol seguiría expandiéndose de forma inexorable bajo su mando. Los mongoles eran incansables jinetes y aún mejores arqueros, temibles en la batalla a campo abierto.

### B) La Corte de Kublai Khan.

Tras la muerte de Gengis Khan a los 65 años, le sucedió su hijo Ogatai quien amplió considerablemente el territorio conquistado por su padre. En 1260 sería proclamado Kublai (Kubilai) Khan: el Imperio que hereda y consolida comprendía Mongolia, China hasta su costa oriental (que en 1279 controlaban por completo), en la que en, Persia, parte de Rusia y de la India, Vietnam y Birmania (diez veces mayor que el conquistado por Alejandro Magno, al que Marco Polo admiraba profundamente). Se trata, en suma, del Imperio terrestre más grande de la Historia. En su momento de mayor esplendor gobernaba tres cuartas partes del mundo civilizado conocido. Los hermanos Polo recorrieron una “Superpotencia” de dimensiones gigantescas. Tal es así que, en la actualidad uno de cada doce hombres que viven en el continente asiático porta un cromosoma Y originado en Mongolia en la época de Gengis Khan (BERGREEN).

Para hacernos una idea de las proporciones de los dominios de Kublai, en 1290 había censadas en China cerca de 60 millones de almas. En Quinsay (“Ciudad del cielo”), la actual Hangzhou (de la que Polo fue gobernador) vivían un millón y medio de personas.

Estos khanes de la dinastía Yuan se convirtieron al islamismo y sobre todo al budismo, pero respetaron las creencias de sus súbditos en las tierras que conquistaban. Así como Roma dominó militarmente a Grecia, pero ésta se impuso culturalmente, los mongoles adoptaron las costumbres chinas, fueron seducidos y deslumbrados por su civilización.

Kublai confió las funciones administrativas y diplomáticas a ciudadanos extranjeros (lo que sin duda favoreció el status de los Polo), puesto que desconfiaba de la inestable lealtad y fidelidad (y de la preparación) de los “vasallos” chinos que siempre podían albergar cierto rencor. No en vano, la conquista había dejado un terrible saldo de cerca de 40 millones de muertos, abusos, expolios, etc...

El “Señor de señores” que había sido elevado a la categoría de divinidad, entendió pronto que para conservar un imperio tan vasto tenía que garantizar la paz interior pero también con sus vecinos. Propició la denominada *Pax mongólica*; emitió *paizas*, tablillas de plata y sobre todo de oro, que permitían la libre y segura circulación de personas y capitales por sus vastos dominios; quien portase

uno de estos pasaportes o salvoconductos tenía derecho a hacer uso de cualquier recurso del khan (posadas, monturas, dinero, etc...).

El Poderoso Khan era un hombre inteligente y culto, tolerante con todas las creencias, razas y religiones; muy observador y de un temperamento inquieto y curioso (lo que generó una inmediata empatía con el joven Marco Polo, que compartía estas virtudes). Era partidario de escuchar mucho y hablar poco, consciente que los extranjeros no solo portaban mercancías, sino también innovadores conocimientos. Por ello, como decíamos, les favoreció con cargos y nombramientos. Tener noticias fidedignas en todo momento de lo que sucedía en su Imperio era una manera de administrarlo y mantenerlo pacificado.

Entre esas designaciones y credenciales, destacamos la del monje budista Phagspa, un prodigo intelectual quien en 1269 presentó al Gran Khan un alfabeto silábico (llamado “cuadrado”) de 41 caracteres concebido para dotar a todo el vasto imperio de una lengua común. También la del señor Ahmad (Achmet), una especie de administrador y hombre de confianza del poderoso Kublai, valeedor y protector de los Polo en China, (en particular de Marco, cuya promoción auspició), que posteriormente caería en desgracia debido a escándalos de intrigas, corrupción y abusos sexuales. Su ejecución y la confiscación de los bienes de su familia, quizá precipitó el deseo de los mercaderes de volver a su patria.

Los hermanos Polo Nicolo y Mateo, (padre y tío de Marco Polo, respectivamente), llegaron a la Corte del Gran Khan en 1255 como “simples” mercaderes, pero tras permanecer a su servicio hasta 1269, regresaron a Venecia como auténticos embajadores plenipotenciarios de Kublai Khan, quien deseaba un entendimiento entre las dos culturas o civilizaciones, y el inicio de relaciones comerciales y diplomáticas. Es decir, el establecimiento una ruta directa hacia Asia por la que circulasen no solo bienes, sino también nuevas ideas, a lo que las autoridades venecianas (civiles, militares y religiosas) se opusieron del plano, malogrando una oportunidad irrepetible en la Historia.

Además, Kublai había transmitido la misión a los hermanos Polo de que regresasen a China con nada menos que cien doctores de la Iglesia, versados en las siete artes griegas (arquitectura, escultura, pintura, música, literatura, y la danza). Su intención era que esos religiosos cristianos debatieran con los monjes budistas sobre cuestiones de fe y de culto, determinado así cuál de los credos era el verdadero.

Kublai tenía cuatro esposas legítimas (cada una de ellas asistida por su propia Corte personal), con las que engendró veintidós hijos además de decenas de

concubinas. Por ello había efectuado otro encargo más personal, como es que llevasen a Khan - Balik (Kambalic, ciudad del Khan, la actual Pekín) una muestra del aceite sagrado que arde en el Santo Sepulcro de Jerusalén que, debido a las milagrosas propiedades medicinales y sanadoras que se le atribuían, pudiera curar una afección que sufría Chabi (la segunda de sus mujeres y desde luego, la favorita), que practicaba el cristianismo nestoriano. De hecho, los Polo partieron de China acompañados por uno de sus barones de confianza llamado Cogatai, quien no pudo llegar hasta Venecia debido a una enfermedad.

Sin embargo, los hermanos Polo encontraron en la Cristiandad una situación inesperada. El Trono de San Pedro llevaba vacante nada menos que tres años. En el Cónclave de Viterbo el tiempo se había detenido (los Cardenales llevaban 34 meses de deliberación, la elección de Papa más larga de toda la Historia de los Pontificados, hasta tal punto que algunos ciudadanos se encaramaron al techo del edificio donde se encontraban reunido y lo arrancaron para amenazarles y forzar un nombramiento). No había un Papa en Roma que pudiera servirles de interlocutor para transmitir las esperanzadoras noticias que traían de la lejana Asia. Finalmente, el elegido Sumo Pontífice fue Teobaldo Visconti (Teobaldo de Plasencia o de Piacenza), que reinaría en la Iglesia bajo el nombre de Gregorio X, que no pudo proveer a los Polo de todo lo solicitado por el Khan.

Marco Polo contaba entonces 17 años de edad y partió con su padre y su tío en el viaje de vuelta a China iniciado en 1271. Les acompañaron los frailes Nicolás y Guillermo, sabios y doctos, pertenecientes a la Orden de Santo Domingo, quienes no llegaron a completar el viaje. Para el adolescente Marco, joven y despierto, se iniciaba la etapa más importante de su vida que le haría ganarse un lugar en la Historia.

Con respecto a Kublai Khan, podemos concluir que a la muerte de Chabi se sumió en una profunda depresión y en el alcohol. Murió en 1294 a los 80 años. Su imperio colapsaría muy poco tiempo después, precisamente víctima de su enorme tamaño y su ingobernabilidad.

### **3. El legado. “El Libro de las Maravillas del Mundo”.**

Marco Polo había regresado a Venecia en 1295 a la edad de 42 años. Muy poco tiempo después resultaría apresado por las tropas genovesas el 07 de septiembre de 1298, en la Batalla de Curzola, una de las frecuentes y encarnizadas escaramuzas navales entre Venecia y la potencia rival. Por ello no podemos tener certeza de si en la mente de Marco Polo existió la intención clara y deliberada de contar su increíble epopeya y dejarla plasmada por escrito para la posteridad.

Había transcurrido muy poco tiempo de estancia en la República.

El hecho de escribir un libro contando su experiencia en el Imperio Mongol, en realidad fue producto de la casualidad; quizás no se hubiera escrito nunca, de no haber sido capturado por los genoveses. Como afirma BRESSANIN fue literalmente “un golpe de suerte”.

Debemos precisar que no estuvo literalmente preso, sino posiblemente a cargo de alguna familia noble, y con cierta libertad de movimientos, en una especie de “arresto domiciliario vigilado” en el que, por supuesto, podría recibir visitas, etc... Incluso se ha especulado con el hecho de que hubiera contado con público, atraído por la curiosidad, cuando contaba la inverosímil historia de sus viajes.

#### A) Rustichello de Pisa.

La historia de Marco Polo ya era conocida, por tanto, antes incluso de plasmarla en papel con la ayuda de su compañero de “celda” Amadeo Rustico, apodado Rustichello (pero también Rusticlaus, o Rustichian), natural de Pisa, otra de las ciudades – Estado que se encontraban en permanente conflicto con Venecia. Había sido hecho prisionero por la flota genovesa tras la batalla de La Meloria en 1284. Es decir, cuando conoce a Marco Polo, llevaba más de una década preso.

No obstante, insistimos, las condiciones de su cautiverio, no pudieron ser particularmente severas; al fin y al cabo Marco Polo era un mercader conocido y capitán de una galera que él mismo había fletado (lo que es un indicio más de su notable posición económica y de su compromiso con Venecia). De igual modo, Rustichello era un escritor razonablemente famoso, perteneciente además a una prestigiosa familia de juristas. Ambos suponían un importante botín de guerra para Génova. En cualquier caso, la “prisión” distaría mucho de esa mazmorra lóbrega y húmeda que pudimos ver en la serie de televisión de la RAI.

Estudiando la genealogía de la familia del pisano, HEERS cree que Rustichello (dramaturgo, escritor de novelas de caballería y artísticas, comedias, tragedias y romances y, posiblemente, también trovador) había ejercido además de juez y notario, según confirma un documento fechado el 19 de enero de 1277 en el que se habla del hijo de Guido “Rustichello”, quien también ejercía las citadas profesiones jurídicas. A la misma conclusión llega BERGREEN, quien reafirma la “*posición privilegiada*” que desde siempre gozaban las profesiones jurídicas en toda Italia y en particular los notarios. De hecho, la propia palabra – dice – deriva de un sistema estenográfico conocido en latín como *notae Tironinae* en honor a un secretario de Cicerón. Quien utilizaba ese sistema de taquigrafía reci-

bía el nombre de notarius; sus sucesores cristianos fueron llamados *notarii* y se dedicaban a registrar primero los sermones y posteriormente los procesos legales.

Rustichello fue interrogado en prisión por los monjes Philippo de Génova y Damiano de Bolonia, pertenecientes a la Orden de los Dominicos (“*Domini canis*”) y al Santo Oficio, cuya misión era permanecer en guardia contra la herejía y combatirla en cualquiera de sus manifestaciones y el insólito libro del veneciano podría ser una de ellas. No podemos saber con certeza si el pisano censuró incluso alguna parte de la obra antes de que llegase a ver la luz.

#### B) El Libro de las Maravillas del Mundo.

Se ha debatido mucho sobre el tipo de libro que es “El Libro de las Maravillas del Mundo” o cual fue la intención de Marco Polo al escribirlo (en realidad al dictarlo). El libro carece de todo tipo de orden o sistemática. Por ello CARRERA DIAZ propone diferentes hipótesis como la de “un libro de viajes”, (puesto que describe distancias, rutas y medios de transporte), pero también podría tratarse de un tratado antropológico (dado que versa sobre hombres y pueblos, sus costumbres de todo tipo, gastronómicas, funerarias, e incluso sexuales que parecer interesante particularmente), o sobre geografía (con referencia a montañas y cordilleras, ríos caudalosos, océanos, mares y lagos, regiones y comarcas, recursos naturales, clima), un tratado sobre comercio (habla de pesas, medidas, monedas, tipos de cambio), pero también de zoología, fauna, flora y otras muchas materias, en ocasiones inconexas, o incluso escandalosas para la época.

“Las Maravillas ...” fue redactado en francés, que era la lengua culta de aquel entonces (mientras que Polo lo relataba posiblemente en véneto). Todo ello complicaría considerablemente su escritura y las posteriores traducciones, entre otras cosas porque muchas ciudades y lugares de la China que describe el veneciano han cambiado de nombre y aún de grafía, hasta tal punto que resultaría casi imposible reconocerlas, lo que se presta a incorrecciones e inexactitudes. Además, no sería extraño que esa versión original, nacida en la cárcel genovesa, contuviera exageraciones por parte de Rustichello con objeto de hacer el libro más comercial.

Por otra parte, el texto original se perdió al poco tiempo de su redacción. Además, Marco Polo no tuvo oportunidad de revisarlo ni corregirlo antes de su publicación; pasó casi diez meses encerrado con Rustichello pero fueron liberados muy poco tiempo después de la conclusión de su mancomunada obra, en concreto en 1299 tras la firma del Tratado de Paz con Génova.

Como concluye CARRERA DIAZ “*a falta del manuscrito original, resulta imposible saber qué es lo que en realidad Marco Polo y Rustichello escribieron*

*en su primera versión, y qué es lo que pudo serle añadido con posterioridad*”. En efecto, este autor pone de relieve que existen unas 150 versiones diferentes. Las más cercanas al original, llamadas del Grupo A, serían – dice – las redactadas en francés (de la que deriva la traducción toscana) o franco – italiano. Por el contrario, en las versiones del Grupo B) existirían otras *aportaciones*. El geógrafo Ramusio (1485 – 1557) incluyó “El Libro de las Maravillas” dentro de una compilación más amplia de relatos de viajes, como si se tratase de una mera adenda. A este grupo pertenecería también la llamada “versión zeladiana” que apareció [en 1932!!!], en la Biblioteca de la Catedral de Toledo.

La profesora Anne-Marie AMON afirma que “*de todos los manuscritos conservados, el más valioso es, sin controversia, el del duque de Berry*”, (hermano del Rey Carlos V de Francia) un primoroso ejemplar escrito en francés (1410-1412) iluminado con 84 miniaturas realizadas por los mejores maestros de la época y que se conserva en la Biblioteca Nacional de Francia. Por otra parte, esta misma autora cita como en 1307 Marco Polo entregó en Venecia, personalmente, la primera copia a Thibaud de Cepoy como regalo para Carlos de Valois, hermano de Felipe El Hermoso, y pretendiente del Trono de Constantinopla. Así es – dice – como la obra llega por vez primera a Francia.

Sea como fuere, para FONSECA, se trata de “*la obra más importante del siglo XIII europeo... Aunque Marco Polo no estaba preparado para ello trató de escribir un libro docto predominando su amor por la verdad y su absoluta falta de vanidad... registró metódicamente lo que vio y oyó*”.

El libro de Marco Polo fue publicado con diversos títulos: “Le Divisement du Monde” (La descripción del mundo), “Livre des merveilles du monde” (Libro de las Maravillas del mundo) e incluso como “Il Milione” (El Millón), un apelativo entre burlón y peyorativo ya que durante un tiempo no fue tomado en serio, sobre todo por las clases más populares, al considerarlo una mera invención o, en el mejor de los casos, como un relato desmesurado, plagado de extravagancias. En cualquier caso, al final de la Edad Media era el libro más conocido después de la Biblia y uno de los primeros que fue llevado a la imprenta.

Con todo, hay que precisar que la ruta de la Seda ya existía desde el siglo II antes de Cristo (aunque no recibió ese nombre hasta el siglo XIX); el comercio entre Occidente y Oriente era razonablemente fluido, en particular, el de productos tales como las especias, porcelana, seda, etc... que eran muy cotizados y apreciados por la aristocracia/nobleza europeas. Los mercaderes, generalmente, compraban esas mercancías en Asia Central a intermediarios persas y sobre todo árabes, quienes cobraban unas desorbitadas comisiones. Por ello, algunos comer-

ciantes italianos (como los Polo) decidieron “ir más allá” y establecer negocios directamente en China evitando de este modo tener que pagar a esos agentes. En 1453 esa ruta se interrumpiría como consecuencia de la invasión de Constantinopla (hoy Estambul) por parte de las tropas musulmanas y con ello la caída del Imperio Romano de Oriente y el final de la Edad Media, como decíamos. Pese a ello, el país asiático mantendría el monopolio de la seda hasta entrado el siglo XVII.

En ese contexto, muchos exploradores, navegantes, etc... decidieron buscar nuevas rutas hacia el Oeste. Tal circunstancia coincidió con el nacimiento de algunos Estados Modernos en Europa (como España y Portugal) que se convertirían en grandes potencias y buscaban su expansión a otros territorios, financiando las expediciones de diversos navegantes como Cristóbal Colón y Vasco de Gama.

Es decir, el continente asiático no era totalmente desconocido e inhóspito para los mercaderes de diferentes nacionalidades. Pero Marco Polo llegó más lejos que ningún otro y, sobre todo, pudo regresar de un viaje que nadie hubiera creído posible, no solo para contarla, sino para inmortalizarlo en papel, dejando una huella indeleble en el pensamiento de Occidente y aportando un conocimiento absolutamente asombroso, aún hoy en día.

Nos habla del amianto (como una tela y no con el animal con el que se asociaba, la salamandra, por su resistencia al fuego), almizcle (sustancia grasa y tuiosa, extraída de las vísceras de algunos mamíferos como el buey, y utilizado en perfumería), carbón (una piedra que ardía con un poder calorífico mayor que el de la madera, y que en Europa tan solo era conocida en remotas regiones del norte de Escandinavia), petróleo (aceite que se utilizaba para purgar a las acémilas y que en otras ocasiones servía para quemar, que Polo pudo ver en los pozos de la actual Bakú), papel moneda (de seda y sal), imprenta (almanaques, calendarios y un periódico), la brújula, astronomía, sistema postal, red de carreteras, un sistema de “seguridad social” y ayudas públicas (tras malas cosechas o catástrofes naturales...).

Asimismo describe especies animales como el rinoceronte (desmitificando la idea del unicornio, el esquivo equino que solo podía ser domado por una doncella), el cocodrilo (que Marco cree una serpiente al no haberlo visto sino en el agua) y diversas especies de felinos a los que confunde frecuentemente (leones, panteras, tigres...), así como de vegetales y árboles exóticos como el ruibarbo (una planta asiática con propiedades medicinales). Demuestra tener una curiosidad innata y una memoria prodigiosa.

Y acaso lo más importante, por lo que tiene de precursor; Marco Polo intuyó que la Tierra podía ser redonda debido al hecho de que la Estrella Polar no era visible (o “desaparecía” del orbe celeste) cuando se navegaba por debajo de la línea del Ecuador, en concreto durante la última parte de su periplo por la costa africana (Zanzíbar, etc...). Las constelaciones eran muy diferentes en latitudes del Norte que en el Sur. De hecho, en éstas los navegantes se guían por la estrella Canope y por la Cruz del Sur, situadas en una zona muy meridional, aunque no directamente sobre la vertical del Polo Sur. Su influencia se advierte claramente en el mapa del monje veneciano Fra Mauro, quien entre 1457 – 1459, dibujó un detallado “Mapamundi” considerado uno de los más importantes hitos en la cartografía medieval. Por otra parte, existe total certeza de que los comentarios del conocido como Atlas catalán (1357), en este caso un conjunto de mapas, confecionado en Mallorca, fueron extraídos del “Libro de las Maravillas”.

Como afirma DESROCHES, no es casual, por tanto, que el Renacimiento “se abra” con la recuperación en 1400 de la “Geografía” de Ptolomeo (astrónomo, astrólogo, matemático, químico y geógrafo griego, que, dos siglos antes de Cristo, ya había demostrado la esfericidad de la Tierra y sus dimensiones exactas), que precedería a esta época de grandes descubrimientos. Esa observación de Marco Polo sirvió de guía a otros viajeros y descubridores como Cristóbal Colón (de presumible origen genovés, no lo olvidemos) quien portaba un ejemplar del “Libro de las Maravillas” en su primer viaje a América, repleto de anotaciones realizadas por el navegante, que se conserva en la Biblioteca Colombina de la Catedral de Sevilla (de hecho, debió contar con una edición “italiana” ya que no fue publicado en España hasta 1503, haciéndose popular en nuestro país precisamente a raíz del descubrimiento del Nuevo Continente).

Colón hizo algunos de sus cálculos sobre el tamaño de la Tierra (y de la distancia hacia el Oeste para llegar a “las Indias”), tomando en cuenta la descripción del viaje de los Polo. Su descripción de Japón (Cipango) – y de sus enormes riquezas -, como un conjunto de islas, desconocidas en Europa en el siglo XIV trazó una meta definitiva para el genovés y para muchos de los descubridores que le siguieron.

Sin embargo, no sería hasta 1497, cuando Américo Vespucio, al descubrir las costas de Venezuela (por cierto, llamada así por recordar a una “pequeña Venecia”), confirmó que habían descubierto un nuevo continente, (que llevaría el nombre del comerciante y navegante italiano), no una parte ignota de Asia. En cualquier caso, a partir de este momento las rutas comerciales dejarían de ser predominantemente terrestres para convertirse en marítimas y alcanzar el mundo entero.

La importancia de esa teoría es fundamental: Occidente dormitaría aún durante casi dos siglos hasta que primero el matemático y astrónomo polaco Nicolás Copérnico (1473 – 1543) demostrase la esfericidad de la Tierra y que nuestro planeta gira alrededor del Sol y no a la inversa, y después el también astrónomo e ingeniero Galileo Galilei (1564 – 1642) desarrollase tales observaciones por medio del telescopio realizando importantes descubrimientos en nuestro Sistema Solar, confirmando la teoría heliocéntrica.

Por otra parte, Carlos V de Francia (apodado “El Sabio”) llegó a reunir hasta cinco ejemplares del “Libro de las Maravillas” para la primera Biblioteca Real de Francia que él mismo fundó inicialmente ubicada en el Museo del Louvre.

Marco Polo también sirvió de inspiración a Julio Verne, y en concreto para “La vuelta al mundo en 80 días” que no deja de ser también un “libro de viajes” en el que su protagonista, Phileas Fogg, recorre parte de la ruta del italiano.

Un cráter lunar lleva su nombre, así como el asteroide 29457, recordando su figura.

### **III. CONTEXTO BIOGRAFICO Y FAMILIAR. LA HERENCIA DE MARCO POLO**

#### **1. El “clan familiar” de los Polo.**

La primera referencia al apellido Polo nos remite a su origen Dalmacia (región que se encuentra en las costas de Mar Adriático y que hoy en día pertenece a Croacia). En el siglo XI se establecieron en Venecia. Tan solo tenemos noticias de su abuelo paterno, Andrea Polo, de quien conocemos que nació ya en Venecia y figuraba en el censo de la ciudad de los canales. Tuvo cuatro hijos: el primogénito Marco (apodado “Il Vecchio”, el viejo), Flora, Nicolo (el padre de Marco) y Maffeo (Mateo).

Se desconoce la fecha exacta del nacimiento de Marco Polo, aunque parece que fue el 15 de septiembre de 1254. Algunas fuentes afirman que la madre de Marco (de la que no sabemos su nombre), falleció en el parto mientras que otras, las más contrastadas y fiables, sostienen que murió cuando todavía era muy pequeño. En todo caso que es cierto es que creció sin padre, al que no conoció hasta los quince años, quedando al cuidado y bajo la tutela de su tía Flora y su marido Zane, un modesto comerciante de telaquien se ocupó de su educación. De hecho, parece que la formación “académica” del joven Marco fue confiada

a los monjes dominicos quienes le enseñaron a leer y escribir, así como algunas materias como matemáticas, literatura y geografía.

Arbol genealógico de la familia Polo (adaptación de HEERS)

Andrea Polo de San Felipe (abuelo paterno)

Nicolo Polo contrae un nuevo matrimonio a la vuelta de su primer viaje de China (hacia 1269) con Fiordalisa (Fiordilige) Trevisan, al comprobar que su esposa (la madre de Marco) ha fallecido en su ausencia, matrimonio del que nacerían ¿dos? ¿tres? hijos. Decimos esto porque hay constancia del nacimiento de Mateo y Giovanni, mientras que Stefano podría haber sido fruto de una relación extramatrimonial.

El tío y el padre de Marco Polo, quienes realizan su primer viaje a Catai entre 1255 y 1269, debieron constituir una sociedad con un acaudalado ciudadano veneciano llamado Pietro Vilioni (que sería una especie de socio capitalista o un inversor), como menciona en su testamento otorgado en 1264. HEERS sostiene la hipótesis de que “*sin género de dudas*”, por alguna razón, los Polo tomaron el nombre de este mercader, lo que redundó en que la familia en general (y no solo Marco) fueran conocidos posteriormente como “Los Milioni”. Esa razónería que los Polo compraron un Palacio a su socio y a partir de ese momento fueron conocidos por ese apelativo.

Según parece, los hermanos Polo (como meros socios) y Vilioni (como financiador) formarían un tipo de incipiente empresa mercantil personalista, lo que en la Venecia de la época se denominaba “*compagnia*”. Por sus particulares características GREIF ha precisado cómo la “*compagnia*” se circunscribía al comercio terrestre (a diferencia de la *commanda*, préstamo a la gruesa o *societatis maris*, que se aplicaba en el marítimo). Sea como fuere, constituye el precedente de la sociedad comanditaria. Esta compañí – dice – nace en el siglo XII precisamente en Italia (en particular en las ciudades de Piacenza, Siena y Lucca) y se extendió por toda Europa en la Edad Media; estaba pensada específicamente para ese crucial momento en que los hijos se incorporaban a la empresa fundada por el padre, no solo en el comercio local, sino también en el de larga distancia: la empresa podía mantener delegaciones en toda Europa y, en realidad, en todo el mundo conocido.

En particular tenemos conocimiento de la existencia de la *colleganza* veneciana, como una asociación comercial, o fraterna *compagnia* (que para los rivales genoveses recibía el nombre genérico de *commanda*). Precisamente durante el siglo XIII comienzan a aparecer en Europa las primeras empresas mercantiles

personalistas, constituidas “*intuitu personae*” es decir, atendiendo a la propia condición de los socios. De hecho, la propia etimología de la palabra compañía proviene del latín “*cum panis*”, es decir, personas que comparten el mismo pan, lo que evidencia que sus integrantes estaban unidos por estrechos vínculos familiares.

En ocasiones, algunos de los contratos mercantiles, navales, comerciales, etc... eran repartidos por partes, de forma que se fraccionaban los riesgos; un mismo socio aportaba capital para diversas empresas de modo que no invertía todos sus intereses y su patrimonio en una misma “expedición” como, una vez más, vemos en “El mercader de Venecia”, en el que los navíos de Antonio se encuentran en diversas partes del mundo. Hay que recordar que muchos de los mercaderes terminaban arruinados y en la miseria, cuando no muertos, debido a las penalidades del viaje, en forma de enfermedades, asaltos y robos por bandidos, catástrofes e inclemencias climatológicas.

La compañía recibía, en su caso, el nombre de la familia dominante (puesto que se permitía la acumulación de capital por parte de varios comerciantes, para garantizar su estabilidad, continuidad y permanencia) y se mantenía operativa incluso con los herederos de un socio premuerto (un avance con respecto a las sociedades meramente personalistas y que anticipa la aparición de las mercantilistas capitalistas). En este contexto, nace el Derecho Mercantil, como un “derecho profesional” aplicado a los mercaderes. Esta es la centuria de Marco Polo quien, tal como decíamos, se unió a los negocios de su padre, a la temprana edad de 17 años, acompañándolo en el segundo de sus viajes a China iniciado en 1271.

Marco disolvería esa *fraterna* en fechas inmediatamente anteriores a embarcarse en una galera integrante de la flota que iba a enfrentarse a los genoveses. Quizá, ante la inminencia de esa acción armada, temió por su vida y abandonar la sociedad era una forma de facilitar su continuidad si, por desgracia, fallecía.

Sin embargo, las cuestiones de verdadero interés jurídico iban a producirse tras el definitivo regreso de la familia Polo a Venecia en 1295. Tras los casi 25 años que habían pasado en la corte del Gran Khan, cuando llamaron a la puerta de su palacio, se hicieron anunciar como “*i paroni*”, los dueños. Los parientes no les creyeron (algunos no habían llegado siquiera a conocerlos y otros no los “reconocieron”); no en vano había transcurrido un cuarto de siglo, y los recién llegados iban vestidos a la usanza mongola y casi no recordaban su lengua natal, el veneto. La actitud de los familiares es comprensible: como hemos comentado, algunos viajeros y mercaderes nunca regresaban y se les tenía por muertos en “tierras paganas”.

No era extraño que algunos allegados reclamasen desde Italia la herencia de comerciantes que habían partido hacia la lejana Katay y que, presumiblemente, habían fallecido en lugares tan lejanos; existen documentos notariales y actas de notoriedad que así lo demuestran. En sentido contrario, algunos mercaderes (los menos) que conseguían regresar a su ciudad de origen “*se jactaban en sus escritos – en el testamento, por ejemplo, acta suprema de toda una existencia – de haber vivido varios años en Oriente*” (CURATOLA).

Como resulta evidente no fue el caso de los Polo. Así es, la familia había realizado algunas disposiciones legales sobre su posible retorno. Se tiene noticia de que Marco “il Vecchio”, el tío de nuestro viajero, había otorgado un testamento el 27 de agosto de 1280 designando como fiduciarios a su cuñada Fiordilige y al padre de ésta Giordano Trevisan, pero “*solo hasta que mis hermanos Nicolo y Mateo estén en Venecia. Entonces solo ellos serán mis albaceas (sic)*”. Tal disposición nos parece lógica, ya que después de todo la sociedad familiar la integraban los tres hermanos y, en cualquier caso, Nicolo y Mateo ya habían conseguido volver a Venecia tras su primer viaje, experiencia que hacía del todo posible su nuevo regreso.

De hecho, tras la segunda partida de sus hermanos, Marco il Vecchio vivió durante algún tiempo en la delegación que la familia tenía en Constantinopla, instalándose en Venecia en torno a 1280 para dirigir desde allí los negocios del grupo. El citado testamento así lo acredita. Marco hace referencia a su domicilio en el *confinio* de San Severo, pero menciona entre sus bienes una propiedad en la actual Estambul. Resulta sintomático que Mateo también redacta su testamento en ese año (si bien no conocemos la fecha) en la que hace referencia a una mansión en Soldaia (Sudak, ciudad costera al sur de Ucrania), que era cedida a los franciscanos aunque constituyendo un derecho de usufructo a favor de su hijo e hija, por ser ellos quienes vivían en ella (HEERS).

Sin embargo, la situación de Mateo era bien diferente: generalmente en la casa de una familia noble, acomodada o rica, solo se casaba uno de los hermanos para evitar que el capital o el patrimonio se dividiera como consecuencia de las sucesivas transmisiones hereditarias. Dicho de otro modo, trataba de garantizarse que el caudal fuera a parar a un único heredero. En este caso, el hermano recurrió al consuelo de las *puttane* también conocidas como *cortigiana oneste* (o cortesanas honestas), en Roma y en Venecia – sobre todo en el Renacimiento – dotadas, además de belleza, de cultura y distinción, y que elegían a sus “clientes” de entre estirpes aristocráticas. La más destacada fue Verónica Franco cuya vida fue llevada al cine en la película “Dangerous beauty” (1998), traducida en España como “Más fuerte que su destino”.

Así descrita, la figura de Mateo Polo podría acaso recordaros a la del “tion” en derecho aragonés, que era un mozo que no se ha casado y que sigue viviendo, por caridad o por otra razón (vg. explotación de un negocio o comercio familiar), en casa del designado como heredero. No obstante, según reflejan algunos autores, Mateo podría haber adoptado dos hijas.

Marco Polo contrajo matrimonio en 1300 (un año después de su liberación de la prisión genovesa), a la edad de 46 años, con Donata Badoer, (de 26) unión acordada con la hija de otro rico comerciante veneciano, llamado Vitale Badoer. El tiempo transcurría, y era conveniente garantizar cuanto antes la descendencia de Marco y, con ella, la transmisión del emporio familiar, cuestión que preocupaba particularmente a Nicolo Polo desde su regreso a Venecia en 1295.

Por su parte, sus hijas Fantina, Bellela y Moretta se casaron, respectivamente, con Marco Bragadin, Bertuccio Querini (fallecido en 1324) y Ranazzo Dolfin de quienes no tenemos más noticias.

*Micer* Marco trabajó con dos de sus yernos, los esposos de Fantina y Bellela (Moreta contrajo matrimonio con posterioridad a la muerte de su padre), a los que integró en la *compagnia* y que hicieron causa común en los pleitos contra otros miembros de la familia. Sin embargo, conocemos que, tras enviudar, Fantina (a quien las crónicas de la época describen como una mujer “*fuerte y decidida*”), litigó en los Tribunales de Venecia contra miembros de su familia política.

No termina de estar claro cuál era el origen exacto de la reclamación; pudo tratarse de la recuperación de la “espléndida” dote entregada a su esposo, el citado Marco Bragadin, o de la herencia de su padre que, por alguna razón, había quedado en poder de parientes de su difunto cónyuge (o evidentemente, de ambas, al confundirse el origen o la procedencia de las propiedades reclamadas). En cualquier caso, tras varios años de pleitos, el 12 de julio de 1366 obtuvo una sentencia favorable que le permitía recuperar los bienes que le correspondían en la herencia de Marco Polo, (la resolución reviste particular importancia porque, como ha señalado HEERS, en el inventario se relacionan y valoran más de 200 artículos, entre los que destacan refinadas telas de seda, piedras preciosas, un saco de ruibarbo y, sobre todo una “paiza” de oro” etc... que entre otras cosas, acreditan la estancia de Marco Polo en China).

Las hermanas de Fantina habían recibido su parte de la herencia en joyas, artículos de orfebrería, etc...

Y, también en 1300, Marco Polo había devenido dueño de la práctica totalidad de los negocios y propiedades de la familia (del “holding” diríamos hoy en

día), tras la muerte de su padre Nicolo ese mismo año, si bien con alguna participación de sus hermanos Mateo y Giovanni.

Por otra parte, el 06 de febrero de 1310, su tío Mateo otorgó un nuevo testamento dejando heredero de su considerable fortuna, principalmente a Marco y al resto de sobrinos. Al poco tiempo nuestro viajero también recibió la mayor parte de la herencia de su hermanastro Mateo, quien había fallecido prematuramente, sin descendientes varones.

Se tiene conocimiento de la azarosa vida de Marco Polo en Venecia, por diferentes documentos legales, en particular litigios con sus familiares y con otros vecinos. Por citar un ejemplo, SHKLOLOVSKI refiere una reclamación administrativa por un tubo de desagüe estropeado; la multa habría sido pagada por Nicolo Polo en ausencia de su hijo mientras se encontraba en la “prisión” de Génova.

## **2. El testamento de Marco Polo.**

En la mañana del 8 de enero de 1324 Marco Polo, que desde hacía casi un año estaba postrado en cama muy enfermo, comenzó a encontrarse seria y alarmantemente indisposto. Su familia solicitó de forma urgente los servicios del prestigioso doctor Gaultieri, el galeno de mayor reputación de Venecia, el mejor “físico” que en aquel entonces podría encontrarse en la ciudad de los canales (sus honorarios por esa visita ascendieron a diez sueldos).

Ante la gravedad de su estado, decidieron llamar también al sacerdote de la Iglesia de San Procolo, Giovanni Giustiniani, quien además podía ejercer como notario. En efecto, como señala BERGREEN, la ley veneciana estipulaba que, en esos momentos, los médicos debían aconsejar a los pacientes con dolencias o patologías terminales que “*reservasen tiempo para dictar o revisar su testamento y pedir la absolución de sus pecados*”.

Así, el mercader, que contaba 70 años de edad, ya moribundo, se preparaba para “*realizar su última transacción, firmar su contrato con la eternidad*”. Marco Polo iba a iniciar un viaje final a la otra vida. En palabras de SHKLOVSKI “*el señor Milione iba a comerciar por última vez*”. Sin embargo, en este caso, su tránsito a la casa del Padre iba a revestir alguna particularidad.

El sacerdote Giustiniani administra al paciente los Santos Oleos y *Maese* Polo recibe el sacramento de la extremaunción, no sin antes conminarle seriamente sobre el contenido de su ya famoso libro (amenazó con quemar todos los ejemplares que encontrase).

Así le insta a retractarse de lo que había relatado por su contenido pecaminoso que había escandalizado – dice - a la sociedad de su época. Ciertamente muchas de las experiencias que relata Polo se encontraban al borde de lo considerado como herejía o motivo de anatema, que ya habían preocupado a los monjes dominicos pertenecientes a la Santa Inquisición, que le “interrogaron” en la prisión de Génova , al igual que a Rustichello.

En particular les inquietaban hábitos y costumbres sexuales extravagantes o heterodoxas, como la isla de las mujeres (que era visitada por hombres periódicamente sin otro objetivo que la mera procreación), o en la región Kanchu, en donde los maridos se ausentaban de casa y dejaban a sus esposas a la entera disposición de viajeros y mercaderes. También po prácticas como la extendida en Zardandan en la que, tras un parto, los hombres se acuestan para recibir felicitaciones y congratulaciones, mientras que las mujeres se reincorporan inmediatamente al trabajo y tareas domésticas. Desde luego recuerda a la “covada” vasca (derivada de la palabra francesa couver, que significa incubar), propio en todo caso de sociedades matriarcales.

O incluso el matrimonio entre niños muertos que generaba vínculos de parentesco entre sus parientes, en una ceremonia en que entregaban regalos y se quemaban imágenes de papel de los contrayentes y que era considerada por la Iglesia como una irreverencia o falta de respeto hacia el “más allá” y a su trascendencia.

Su propia familia, preocupada por la salvación de su alma, le conminó severamente a que renegase del contenido de su libro y de las fabulosas historias que contenía; lejos de ello, Marco Polo se reafirmó en su relato, pronunciando una frase que ha quedado para la Historia: “*No he escrito ni la mitad de las cosas que vi, porque sabía que no me creerían*”.

Finalmente, el testamento de Marco Polo es redactado en latín sobre una piel de oveja (de 67 x 27 centímetros), y con base a unas notas (o minuta) redactadas previamente por el propio disponente, y reproduce los modelos que eran habituales en Venecia. De hecho sus términos son muy parecidos a los del otorgado por su tío Marco (Il Vecchio) el 06 de febrero de 1310 al que nos hemos referido. En cualquier caso, como afirma FONSECA, “*sus últimas voluntades están impregnadas de dignidad y resignación cristianas*”.

En efecto, Maese Polo testa el 9 de enero de 1324 en presencia de dos testigos, comenzando con la fórmula: “*Ego Marcus Paulo volo et ordine*” (“Yo Marco Polo deseo y ordeno”). El pergamino fue encontrado dentro del denominado código marciano (Lat. V 58 – 59) que contenía también los testamentos del padre y el tío del mercader.

Marco Polo establece diversos legados y, en lo que respecta a herencia propiamente dicha, dispuso tan solo a favor de mujeres (su esposa Donatela y las tres hijas nacidas del matrimonio), algo excepcional en la época.

Diversos autores como los citados SHKLOVSKI, FONSECA, HEERS y BERGREEN, transcriben las estipulaciones de este acto de última voluntad del mercader, haciendo hincapié en diferentes aspectos del mismo y que ahora sistematizamos:

PRIMERA- En primer lugar, deja el “*diezmo legítimo*” (la llamada “decima”), al obispo de la ciudad y al clero, una especie de impuesto de sucesiones que era “cobrado” directamente por la Iglesia con un tipo fijo de un diez por ciento. El clero era un importante “*interlocutor del poder político, existiendo una serie de derechos fiscales que correspondían a los eclesiásticos*” (MAINONI). En definitiva, la Iglesia actuaba como una especie de intermediario de la autoridad política (la terrenal), recaudando este tributo debido a su poder de persuasión vinculado sobre todo al temor a la condenación eterna.

En este punto, y puesto que en medio de todo estamos hablando de una herencia testamentaria, en la que por definición se está disponiendo de un patrimonio, no podemos soslayar el hecho de que la verdadera fortuna de los Polo y su valoración ha sido objeto de debate por diversos autores; las diferentes fuentes consultadas no se ponen de acuerdo sobre el alcance real de la posición económica de Maese Polo.

Para FONSECA “*no hay duda, en efecto, de que* (los Polo) *volvieron muy ricos de su aventura asiática*”. HEERS expone la misma opinión cuando afirma que “*disponían de un no despreciable capital: su regreso no cabe considerarlo en ningún momento una derrota. Simplemente, se instalaron, y al igual que muchos otros ... se mantuvieron en la corriente de los negocios*”. CURATOLA deduce un “*notable desahogo económico (...) los Polo eran, si no ricos, acomodados*”. Por el contrario, CARRERA DIAZ, basándose estrictamente en el contenido del testamento, concluye que Polo no tenía “*propiedades especialmente relevantes*”; SHKLOVSKI parece coincidir con este autor, y se basa en un endeble argumento cual es que la familia del mercader no pagase un rescate a los genoveses para lograr su liberación.

No obstante, tenemos conocimiento de que en Trebisonda (ciudad situada en la actual Turquía, bañada por el Mar Negro) les fueron confiscadas (o robadas, no se sabe con certeza) 4.000 hiperpiras (unas valiosas monedas de oro bizantinas, cada una equivalente a 30.000 libras de oro; es decir, los Polo perdieron una verdadera fortuna). Suponía, en todo caso, una parte muy considerable del enorme patrimonio que habían amasado en China.

Hay que tener en cuenta que cuando los hermanos Nicolo y Mateo regresan a Venecia en 1269, sus propiedades habían quedado retenidas en poder del Gran Khan, como una garantía que aseguraría su regreso, como así fue. No obstante, Kublai, agradecido por la fidelidad de sus embajadores, y por haber cumplido con su promesa de volver a su Corte cumplimentando la misión encomendada, las multiplicó por diez (otras versiones afirman que las duplicó), convirtiendo a los mercaderes en inmensamente ricos. Por el contrario, a su regreso del segundo viaje, los hermanos Polo y Marco, habían canjeado “en dinero” todos sus bienes, dejando atrás tan solo el recuerdo del Khan.

Sin embargo, parece que parte de la citada cantidad les fue reintegrada en virtud de alguna clase de seguro o de indemnización abonada por la propia República de San Marcos como sugiere HEERS. Se trata de un oscuro asunto del que no se vuelve a tener noticia hasta el testamento de Mateo (el tío de Marco) que hace referencia a algunas deudas y pérdidas del patrimonio familiar.

Atendiendo a su nivel de vida en Venecia y las inversiones que realizaron (vg. la compra del fastuoso palacio familiar en el corazón de Venecia, o el hecho de que Marco Polo fletase una galera con propio peculio), resulta evidente que su posición económica merecía el calificativo de, como mínimo, muy solvente. Los Polo tuvieron que ser un clan muy acaudalado y adinerado; de otro modo, tampoco podrían haber continuado con sus negocios y actividades comerciales, si bien circunscritas a un territorio menos extenso.

Lo que sí es cierto, es que los Polo tenían experiencia en ocultar sus bienes y mercancías para evitar asaltos y robos; además, como en la mayoría de los mercaderes, su patrimonio estaba constituido básicamente por capital mobiliario y diversas mercancías (sedas y telas, marfil, porcelana, gemas y piedras de todo tipo (esmeraldas, turquesas, perlas, diamantes, rubíes), joyas, metales preciosos (oro y plata), especias, etc... que, como ya hemos dicho, eran más difíciles de tasar y controlar por parte del fisco.

A este respecto, hay que destacar con MAINONI, la existencia de un sistema impositivo que se aplicaba en Venecia entre los siglos XII y XIV y que recaía sobre los “hogares”, denominado “*estimo*” (tasación), es decir, la verificación de la riqueza de las familias y su capacidad contributiva “que llegó a constituir la base para la liquidación de impuestos de todo tipo o género” (vg. la citada “décima” o impuesto de sucesiones). Tal es así, que hacia 1300 la proliferación de impuestos directos (entre otros objetivos destinados a sufragar las guerras de comercio) condujeron a tensiones internas y a su cancelación. “La población sufrió el peso de los impuestos, dando lugar a intermitentes explosiones de violencia” afirma la citada autora.

Dicho de otro modo, Venecia contaba con suficientes instrumentos fiscales, contables, etc... para conocer el patrimonio de sus habitantes, entre ellos los Polo. Si no fue así es porque quizás distrajeron o no declararon bienes al fisco. Así lo cree BERGREEN; opina el autor y yo con él que quizás Marco Polo “*ocultó parte de su patrimonio al volver a Venecia*” en particular las piedras preciosas, “*lo que redundó en que las autoridades locales nunca llegaran a conocer las verdaderas dimensiones de su patrimonio*”.

Además, dispone 2000 liras venecianas con la condición de que 20 sueldos gruesos venecianos sean destinados a la Iglesia de San Lorenzo (donde estaba enterrado su padre y a quien erigió un mausoleo, y descansarían los restos de *Maese Polo*. En realidad su voluntad no fue respetada literalmente ya que las crónicas detallan que fue inhumado en una capilla adyacente). Años después, en 1348, su hija Moreta dispuso en su testamento el deseo de ser enterrada “*en la tumba de mis padres*”.

SEGUNDA.- Lega cuarenta sueldos a cada uno de los diferentes hospitales que se encontraban en el camino de Grado a Capo d'Argine.

TERCERA.- Condona las deudas de diferentes personas a las que, además, lega algunas cantidades. En particular 300 liras que le debía su cuñada Isabella Querini, las que tenían contraídas un monje dominico llamado fray Benvenuto y la de los monjes del Convento de San Giovanni y San Pablo de la Orden de los Predicadores, así como a unos hermanos Ranieri.

CUARTA.- Lega cinco liras a cada comunidad monástica de Rialto y cuatro liras más a cada una de las artes o hermandades de las que formaba parte: “*cui libet monasterium el hospitalorum a Gradu usque ad Caput Aggeria*”.

QUINTA.- Además, dispone de 20 sueldos gruesos (200 *soldi*) al padre Giovanni Giustini (notario autorizante del testamento) precisamente en concepto de sus elevados honorarios (el reputado doctor Gualteri había cobrado exactamente la mitad), “*por su labor en mi testamento y para que ofrezca plegarias al Señor por mí*”.

El (sueldo) grosso veneciano fue una unidad de cuenta que equivalía aproximadamente a una vigésima parte de la libra, base común en casi toda la Europa medieval, como un recuerdo al sistema carolingio.

SEXTA.- Ordena la liberación de un sirviente tártaro al que “bautiza” como Pedro, una prueba más del viaje a China, a quien además lega cien libras (cien mil liras de *denari* veneciano). Se trata de una “*manumisión per testamentum*” práctica solemne muy común en la antigua Roma, por la que el esclavo pasaba a ser

un liberto (en agradecimiento a sus servicios, fidelidad, favores prestados, méritos, cualidades personales o simplemente por la magnanimidad del “dueño”).

Llama la atención que, como recuerda SHKLOVSKI, tal práctica estaba prohibida en Génova, ya que se temía que la liberación de un esclavo en una cláusula testamentaria, podría dar motivos para “adelantar” el fallecimiento de su “dueño”

SÉPTIMA.- En el remanente, dispone una pensión para su esposa Donata (ocho gruesas en dinares venecianos por año y de por vida), además de diversos enseres (ropa, camas, etc...). Instituye herederas a sus hijas por terceras e iguales partes (no menciona a Agnese, quien posiblemente le había premuerto, como veremos), con una salvedad para su hija pequeña Moreta – quien todavía no se había casado – como es que, además, percibiera la misma dote que sus otras dos hermanas.

OCTAVA.-Y, por último, establece una severa multa/ sanción para quien altere o incumpla el testamento, consistente en cinco libras de oro. Además, sufrirá anatema (es decir, la pena de excomunión) como se encargó de añadir el propio notario/sacerdote: *caerá sobre él la maldición de Dios Todopoderoso y quedará bajo el anatema de trescientos ochenta Padres*”.

Sorprendentemente, Marco Polo no llegó a firmar ni rubricar su última voluntad. ¿Sufrió algún tipo de colapso o síncope fulminante que se lo impidió? No parece probable siendo que momentos antes había dictado un testamento razonablemente extenso y prolíjo, con cláusulas asaz complejas. La unidad de acto no se interrumpió en ningún caso. No obstante, el requisito de su firma no resultaba estrictamente necesario según las leyes de Venecia, puesto que el fedatario público (en su doble condición de notario y religioso) ya lo había autenticado, imprimiendo su “*tabellionato*” o “firulete” (adorno) distintivo, como señala BERGREEN.

Hay un detalle particularmente interesante que concierne a ese concepto de propiedad comunal o colectiva, atribuida a un linaje, (y en que se asentaba la “compagnia”) como es la titularidad de Ca Polo, el fastuoso Palacio de la familia, distinción más importante e identificadora de una saga en la Venecia de la época, que formaba parte de la masa hereditaria. En efecto, como ya sabemos, a su regreso de China, los tres hermanos Polo adquirieron una nueva mansión, mucho más grande, en el Rialto, el centro neurálgico de la República de San Marcos. En realidad se trataba de todo un conjunto inmobiliario o manzana de casas, compuesto por seis edificios de distinta índole (comerciales, residenciales, etc...) lo que, una vez más, nos hace idea de su posición económica.

Esta enorme construcción se trataba, en realidad, de una casa –*fontego* o Lonja, en que la primera planta estaba destinada a la vivienda y dependencias de todo el clan, y las habitaciones superiores se reservaban a las funciones de almacén donde tendrían lugar la muestra de diverso género y los intercambios o transacciones entre mercaderes. Algunos hallazgos arqueológicos y diversos análisis de laboratorio han determinado que la fecha de la construcción oscilaría entre 1295 – 1297, y la cimentación, consistente en nada menos que ochocientos pilones de madera, sugiere la existencia de diferentes plantas o niveles, como apunta CURATOLA.

HEERS reafirma que “*corresponde perfectamente a la idea de un clan deseoso de vivir junto. En ella cada cabeza de familia posee solo una pequeña parte, la cual es también divisible según la conveniencia de cada uno y que se deja en herencia a los hijos*”. Ello permite colegir que ese “clan Polo” mantuvo su vinculación (familiar y comercial) como mínimo varios años tras su vuelta del reino del gran Khan, administrando la riqueza y el patrimonio que habían traído consigo, iniciando nuevos negocios de conformidad con su condición de mercaderes.

Este autor francés, señala otro dato muy esclarecedor: en Italia en general y en Venecia en particular, la mansión familiar se dividía en 24 partes llamadas *carati* (cuya traducción literal es quilates). Pues bien, ninguno de ellos dejó nunca de pertenecer a los herederos de los hermanos Marco, Nicolo y Mateo. En 1310, Nicolo –que había fallecido en 1300 – todavía era titular de cuatro partes y media, mientras que el resto era propiedad, por partes iguales, de Marco (hijo) y su tío Mateo. Los *carati* de Marco Polo estaban destinados a pasar a sus hermanos, al carecer de descendientes varones. Sin embargo, todavía, en 1362 otro pleito entre los Polo, terminó reconociendo diez partes a los herederos directos de Marco (es decir, sus tres hijas), seis a sus hermanastros, Stefano y Giovanni, y ocho a los descendientes de Marco (Il Vecchio). Uno de ellos, llamado Marcellino, gozó de una gran influencia en Venecia ocupando importantes cargos políticos.

Se conserva un acta notarial con una detallada descripción del inmueble que data del siglo XVI (lo que sugiere que los litigios tal vez no habían concluido), pero lamentablemente, el Palacio de los Polo no ha llegado hasta nuestros días; fue destruido en un incendio en 1597. Por otra parte, la tumba/mausoleo de Marco, y de su padre en la iglesia de San Lorenzo fue destrozada (a consecuencia de unas reformas). Sus restos acabaron presumiblemente arrojados a una desconocida fosa común, como si se tratase de una especie de “maldición” en expresión de la profesora PLEBANI (BBC TRAVEL) quien ha estudiado el testamento y la genealogía de la familia Polo durante más de una década. Hoy en día existen

seis placas de mármol colocadas en diversos edificios de Venecia que recuerdan el Palacio en que vivió la familia; una de ellas es un cine y la otra una pizzería -hotel, llamada Malibrán, inaugurado en 1678.

Volviendo al testamento de Marco Polo, el ejemplar original pudo ser admirado en el Museo de Arte Oriental de Turín, en una exposición que tuvo lugar a lo largo de 2019, tras múltiples estudios, restauraciones y reproducciones llevados a cabo durante más de tres años por la Asociación Scrinium, especializada en la recuperación de documentos antiguos (en realidad una prestigiosa editorial veneciana).

De hecho, Ferdinando Santoro, el Presidente de la Asociación, explicó que, tras un complejo estudio físico – químico del frágil original, se editaron “185 clones” del testamento a razón de 5.000 euros cada uno, que reproducen incluso las marcas dejadas cuando la oveja fue esquilada y las manchas de tinta al lado de la propia escritura. Con anterioridad, dice Stefano Della Zana, director cultural de la citada asociación, existía una “transcripción diplomática” que databa de hace 150 años. Según el profesor Attilio Bartoli Langeli, “*se han corregido los errores*” de transcripciones anteriores debido a que “*la letra del notario era una escritura en cursiva decididamente mala, torpe y descuidada*” (como informaban CYNTHIA RODRIGUEZ en la edición digital de EXCELSIOR de 15 de junio de 2019 y la AGENCIA DE NOTICIAS REUTERS). Se trata en suma de la primera edición “*completa y correcta del testamento, contribuyendo así de manera fundamental al conocimiento, la interpretación y la correcta valorización de este raro documento histórico exclusivo*” (vid. [www.scrinium.es](http://www.scrinium.es)).

El original se encuentra actualmente en la Biblioteca Nazionale Marciana de Venecia.

Por si todo ello no fuera suficiente, Marcelo BOLOGNARI, un estudiante de doctorado de la Universidad Ca’Fosciani de Venecia descubrió en 2020 el testamento de una joven veneciana, llamada Agnese (Agnes) Polo, redactado el 07 de julio de 1319; en efecto, una desconocida hija del mercader.

Lo que significa que se trataría de una hija “ilegítima” de nuestro viajero, o bien que Polo era viudo de un primer matrimonio cuando se casó con Donata. En el mencionado instrumento público, la otorgante dispone que el testamento sea entregado por su padre, Marco Polo (que no fallecería hasta 1324), a un sacerdote y notario llamado Pietro Pagano adscrito a la iglesia de San Felice. Según ese instrumento público, Agnese vivía en la parroquia de San Giovanni Grisostomo de Venecia y contaba en ese momento 23 o 24 años (se cree que pudo haber nacido entre 1295 y 1299) y testó a tan temprana edad al encontrarse gravemente enferma.

En el testamento menciona tan solo a su esposo Nicolo (o Nicoletto) – por lo que se cree que su madre habría premuerto –, y a sus tres hijos (por tanto, nietos de Marco Polo), llamados Barbarella, Papon (un apelativo que significa comilón o glotón) y Franceschino. También nombra al profesor/tutor de los niños Raffaele de Cremona, a Benvenuta (su madrina) y a “Reni” una doncella (*famula*). Además, lo que resulta todavía más interesante, es que designa como fiduciario de su herencia a Stefano Polo, hermano del mercader (nacido del segundo matrimonio de Nicolo, y por tanto su tío, lo que prueba la existencia de esta rama y quizás el hecho de que la relación con su familia de origen fuera cercana y fluida). A este respecto pueden consultarse los artículos publicados en las ediciones digitales de ANCIENT ORIGINS y CLARIN en el mes de febrero de 2022).

En este punto no podemos soslayar una “leyenda” veneciana que cuenta que Marco Polo podría haberse enamorado nada menos que de una de las hijas de Kublai Khan, habiéndola traído consigo a Venecia tras casarse con ella. En 1298, luego de ser capturado por los genoveses, una hermana ¿? de Marco Polo, enviada de su cuñada, le dijo que el mercader había muerto en su cautiverio. Rota de dolor, la esposa de Marco Polo se habría quitado la vida, arrojándose por una ventana del Palacio familiar. Algunas personas dicen que por la noche, si se pasa por la *Corte del Milion* se puede ver una figura blanca flotando en el aire o escuchar una canción oriental. Sea como fuere, hace unos años, durante unas excavaciones en los cimientos del Teatro Malibrán se encontraron restos humanos, presumiblemente pertenecientes a una mujer asiática, y objetos de origen chino (puede consultarse [www.veneziaeilveneto.com](http://www.veneziaeilveneto.com)).

De hecho tal hipótesis puede inferirse de una película titulada “Las aventuras de Marco Polo” (Archie Mayo, 1939) protagonizada nada menos que por Gary Cooper en el papel de nuestro mercader.

Como todas las leyendas, a buen seguro tiene un trasfondo de verdad. Además, de ser así, podría explicar el nacimiento de Agnese hacia 1295 (fecha en que la familia Polo regresa a Venecia, siendo hija de ese primer matrimonio de Marco Polo con la princesa mongola, si es que llegó a casarse con ella).

Si Agnese testó en 1319, lo que no admite discusión al tratarse de un documento público, tendría en ese momento exactamente 24 años. Por otra parte, la muerte de la madre de Agnese, y por tanto el hecho de que, en efecto, *Maese* Polo hubiera quedado viudo (de forma inesperada y prematura), explicaría su segundo y apresurado matrimonio con Donata, mucho más joven que el mercader, para asegurarle la descendencia.

Quizá la circunstancia de que la primogénita de Polo fuera hija de una “bárbara” (en la mentalidad de la época) y el escándalo social que supondría no solo

su nacimiento, sino también (y sobre todo), el suicidio de su madre, hizo que la figura de Agnese quedase “difuminada” en la Historia o en un segundo plano. Sin embargo, mantuvo una relación cercana con Marco Polo y con su familia (lo que se demostraría con el otorgamiento del testamento de 1319, en el que como hemos dicho, la disponiente no hacía ninguna referencia a su madre, pues había muerto con anterioridad y en las luctuosas circunstancias descritas, pero confiaba su última voluntad a su padre y a uno de sus tíos). Y por ello Marco Polo no la incluyó en su testamento al haber premuerto presumiblemente en 1319.

En definitiva, la figura de Marco Polo sigue llena de misterio. Cuando resolvemos un interrogante, enseguida surge otro nuevo. Por eso su memoria pervive siete siglos después de su muerte.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- AMON, Anne – Marie: “Los Polo y el Libro”. Marco Polo y el Libro de las Maravillas. Obra Social. Fundación La Caixa. Barcelona, 2006. Pags. 104 – 112.
- BERGREEN, Laurence: “Marco Polo. De Venecia a Xanadú”. Ariel, Madrid, 2007.
- BRESSANIN, Anna: “El Libro de las Maravillas” de Marco Polo: la verdadera historia del bestseller del siglo XIV”. BBC Travel, Edición digital, 13 enero 2024
- CARRERA DIAZ, Manuel: Introducción a “Libro de las Maravillas del Mundo”. Cátedra Letras Universales, Madrid, 2088, pags. 9 – 56.
- CURATOLA, Giovanni: “Venecia y Constantinopla”. Marco Polo y el Libro de las Maravillas. Obra Social. Fundación La Caixa. Barcelona, 2006. Pags. 70 a 79.
- DESROCHES, Jean – Paul: “Imago Mundi”. Marco Polo y el Libro de las Maravillas. Obra Social. Fundación La Caixa. Barcelona, 2006. Pags. 16 a 22.
- EMPOWERED PRESS: Libro de Educación Histórica. “Cristóbal Colón & Marco Polo”.
- FONSECA, Dolores: “Los viajes de Marco Polo”, Ediciones Urbión, Barcelona, 1983.
- GREIF, Avner: “The study of Organizations and Envolving Organizational Forms Through History” (citado en [derechomercantilespaña.blogspot.com](http://derechomercantilespaña.blogspot.com)).
- HEERS, Jacques: “Marco Polo”. Biblioteca ABC. Protagonistas de la Historia nº 6. Madrid, 2004.
- MAINONI, Patrizia: “Fiscalidad directa e indirecta en la Italia medieval del centro y del norte. Algunas orientaciones historiográficas recientes”. Edad Media, Revista de Historia, 1999-II, pags. 151 – 166.
- MENZIES, Gavin: “1421, el año en que China descubrió el Nuevo Mundo”. Editorial Grijalbo, Barcelona, 2003.
- RUTSTEIN, Harry: “La Odisea de Marco Polo. Tras los pasos del mercader que cambió el mundo”. Nowtilus, Madrid, 2010.
- SHKLOVSKI, Viktor: “Marco Polo”. Ediciones ARPA, Barcelona, 2024.
- WILKES, Jonny: “La casualidad sin la que Marco Polo no hubiera sido famoso”. BBC History Extra. Edición digital, 23 octubre 2021.



# **DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA. TRATAMIENTO DE LA EUTANASIA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Conferencia pronunciada el 16 de diciembre de 2024,  
por el  
Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas, Magistrado,  
Expresidente del TSJA

## **1. Introducción**

Vamos a abordar el tema de la muerte, las pulsiones de vida y muerte, *eros* y *thanatos*, a las que se refería Sigmund Freud, impulsos o tendencias instintivos que mueven la acción de los seres humanos. Percibimos, de entrada, cómo es la elección de nuestro tiempo: hoy se elude el tema de la muerte.

Si recordamos las exequias que se celebraban antaño, singularmente en nuestro ámbito rural, y pasamos a compararlas con los actuales “velatorios” y la rápida incineración de los cadáveres, seremos claramente conscientes de los cambios sociales y culturales que se han producido. Hoy rápidamente pasamos página y consideramos “amortizado” al fallecido.

## **2. Problemática: Un caso real:**

Hace unos días viajaba yo en un medio de transporte público urbano, y estaba de pie en la plataforma inicial. En una parada subió una señora, bastante mayor y cargada con un carrito de compra; el vehículo iba lleno, pero una joven se levantó y le cedió el asiento; entonces la señora dijo “gracias joven, pero qué malo es hacerse vieja”. La joven le respondió, tratando sin duda de animarla: “bueno,

usted ha tenido oportunidad de vivir muchos años”, a lo que aquella contestó “deja, desde que murió mi marido y mi hija yo no sé qué hago en este mundo, me gustaría morir, pero vivo por deber”.

Narro este hecho, auténtico, significando que no acostumbro a ir por la calle grabando conversaciones ajenas. Simplemente, llamó de tal modo mi atención aquella respuesta que, al llegar a casa, tomé nota para que no me traicionase la memoria.

Vivir es, según sabemos, un derecho, y un derecho fundamental. Pero ¿es un deber (jurídico)? Sobre esto quisiera reflexionar, juntamente con quienes me quieran seguir en el discurso.

### 3. Decisiones al final de la vida

Cuando sentimos acercarse el final de la vida, y normalmente la naturaleza se acuerda de avisarnos, sabemos de la conveniencia de adoptar decisiones importantes: hacer testamento, distribuir los bienes, poner en orden la conciencia moral. También las relativas a la voluntad de vivir. Toda persona debe adoptarlas, pero mucha gente las elude. Y es que, en muchos casos, predomina un miedo a la muerte y se evita enfrentarse a ella; especialmente en los casos, hoy muy comunes, en los que no se tiene una conciencia clara acerca del sentido de la vida y de la posible vida futura.<sup>1</sup>

Se trata de decisiones que normalmente hay que adoptar en la tercera edad, ante el aumento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población: según datos estadísticos, en España la esperanza de vida en 2022 es, en mujeres 85,7 años, y en varones 80,4 años. En España, el 6% de la población es mayor de 80 años.<sup>2</sup> Aproximadamente, 2.850.000 personas.

En España 11 personas mueren por suicidio diariamente. Aunque la tasa de suicidios es una de las más bajas de Europa, no deja de ser un dato preocupante, por la consideración de “fracaso vital” que siente el suicida.

---

<sup>1</sup> Ernesto Brotóns Tena, profesor de teología y actualmente obispo de la Iglesia Católica, expresaba al respecto: “*Cuando decimos muerte no estamos abordando una cuestión marginal, sino cardinal. La pregunta sobre la muerte desencadena toda una serie de interrogantes sobre el sentido de la vida, la validez de los principios éticos, la esperanza, el futuro... La pregunta sobre la muerte es la pregunta sobre la validez absoluta de cada persona, por la historia, por la esperanza*”. Apuntes de clase en CRETA/Universidad Pontificia de Salamanca, año 2021. No me consta su publicación.

<sup>2</sup> Datos de 2020, fuente INE, consultado 2024/11/16.

Estas decisiones al final de la vida también se adoptan en la adolescencia y juventud, cuando se percibe una vida sin futuro y sin sentido. Si en 2021 preocupaba el alto número de suicidios infantiles (22 niños y niñas menores de 15 años se quitaron la vida, frente a los 13 de 2022), en 2022 llama la atención al aumento del suicidio adolescente (de 15 a 19 años), especialmente en varones: mientras que en 2021 se produjeron 53 suicidios (28 chicos y 25 chicas), en 2022 han sido 75 (44 chicos y 21 chicas)<sup>3</sup>.

También es preocupante el aumento de suicidios entre las mujeres más jóvenes (15 a 29 años): 79 en 2021 y 117 en 2022<sup>4</sup>.

#### 4. El suicidio, cuestión filosófica

*No hay más que un problema filosófico verdaderamente serio, y ese es el suicidio*, afirmaba el filósofo y escritor Albert Camus (1913-1960) al principio de su ensayo titulado *El Mito de Sísifo*.

También es un fracaso de la sociedad: *Simple y clara, un poco idiota, pero difícil de descubrir y dura de llevar: los hombres mueren y no son felices* (en *Calígula*, 1944).

La decisión de vivir o no vivir, adoptada consciente y libremente, es clave para la continuación de la existencia, y depende de la cosmovisión (*weltanschauung*) de cada persona. Pueden también influir en cada decisión las circunstancias de salud, economía, relaciones sociales y familiares, pero lo fundamental es la visión del mundo y de la persona que cada individuo mantiene. Porque, si bien esa sensación de infelicidad puede percibirse en muchas personas y situaciones, igualmente podemos constatar la voluntad de vivir a pesar de las dificultades: *hay que imaginar a Sísifo dichoso*, decía también Camus (*El mito de Sísifo*, 1942). Y Viktor Frankl indicaba: *En última instancia, vivir significa asumir la responsabilidad de encontrar la respuesta correcta a los problemas que ello plantea y cumplir las tareas que la vida asigna continuamente a cada individuo* (*El hombre en busca de sentido*, 1946).

Émile Durkheim, relevante sociólogo francés, estudió el suicidio, que calificó como “fenómeno social”, y en sus conclusiones planteaba que el suicidio es reflejo de un acto “planeado”, con un orden y secuencia que no caben en las aluci-

---

<sup>3</sup> Fundación Española para la Prevención del Suicidio: [www.fsme.es](http://www.fsme.es) , c. 2025/01/31.

<sup>4</sup> Fuente, Fundación Española para la Prevención del Suicidio, c. 2025/11/15.

naciones o delirios. Pero deberíamos distinguir al respecto la existencia de enfermedades mentales y lo posibilidad de que, con ellas, la persona pueda adoptar una decisión y calcular detalladamente los medios necesarios para ejecutarla. De hecho, se ha constatado que un alto porcentaje de personas que se suicidan están afectas de una enfermedad psíquica. Los estudios han demostrado que muchas personas que consumaron el suicidio estaban experimentando múltiples factores de riesgo en el momento de la muerte. Alrededor del 85 al 95% de las personas que mueren por suicidio sufren una enfermedad mental diagnosticable en el momento de su muerte<sup>5</sup>.

## 5. Regulación penal del suicidio: art. 143 CP

Razones de política criminal han llevado a los legisladores a la despenalización del suicidio, en los casos en que el autor no logra su propósito, lo que en caso de tipicidad constituiría tentativa. Sin embargo, se constata que todavía hay Estados en los que se penaliza el intento de suicidio, lo que la OMS considera disuasorio para las personas que podrían buscar la ayuda oportuna, por temor a las repercusiones legales y al estigma social.<sup>6</sup>

En el CP español el art. 143 se castiga la colaboración al suicidio de otro:

*1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.*

*2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*

*3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*

La colaboración al suicidio de una persona en caso de que sufra graves enfermedades (contexto eutanásico) está tipificada en los siguientes apartados:

---

<sup>5</sup> Christine Moutier, MD, American Foundation For Suicide Prevention, Manual MSD, voz “conducta suicida”, <https://www.msdmanuals.com>, c. 2024/11/15.

<sup>6</sup> Noticias ONU: *La despenalización es un paso fundamental para prevenir el suicido.* “El suicidio y los intentos de suicidio están tipificados como delito en las leyes de al menos 23 países de todo el mundo y los intentos siguen siendo castigados activamente en algunos de ellos. La agencia señala que la criminalización perpetúa un entorno que fomenta la culpa hacia las personas que intentan suicidarse y disuade a las personas de buscar ayuda oportuna por temor a las repercusiones legales y al estigma”. En <https://news.un.org/es/story/2023/09/1524052> , c. 2024/11/15.

*4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.*

*5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.*

Se modifica el apartado 4 y se añade el 5, con efectos de 25 de junio de 2021, por la disposición final 1 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

El art. 143 bis, introducido por la disposición final 6.12 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, tipifica *La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección* será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.

La regulación vigente en España castiga la inducción al suicidio y la cooperación necesaria al suicidio de una persona. Quedan despenalizadas otras formas de colaboración<sup>7</sup>.

Cuestiones abiertas: pero, ¿existe un derecho al suicidio? Es una cuestión compleja, que en la situación jurídica actual se resuelve en nuestro derecho en forma negativa. La STC 120/1990, de 27 de junio, Pleno<sup>8</sup>, niega este derecho; lo configura como un *agere licere*, un actuar aceptado que no se sanciona<sup>9</sup>. La

---

<sup>7</sup> La regulación del CP de 1995 -Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal- ya había modificado la situación anterior, que sancionaba *al que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide*, en el art. 409 del CP, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre. Esa prestación de auxilio podía comprender la complicidad.

<sup>8</sup> Sentencia recaída en recurso de amparo 443/1990, contra Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, resolutorio de recurso de apelación contra providencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Madrid, sobre asistencia médica a reclusos en huelga de hambre.

<sup>9</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 7: *El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace*

sentencia citada tenía, como peculiaridad, referirse a un recurrente que estaba interno en un centro penitenciario y cumplía pena de prisión, lo que le situaba en una “relación de especial sujeción”<sup>10</sup>.

La colaboración al suicidio de personas adultas es considerada como una acción típica, en los términos a que nos hemos referido precedentemente. Esa regulación de castigo es aún objeto de debate jurídico y ético<sup>11,12</sup>

## 6. La eutanasia. Concepto

Conviene, de entrada, deslindar términos, si bien he de advertir que existen nomenclaturas que no siempre son coincidentes. Así distinguiremos:

---

*su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985).*

*Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir; ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.*

*En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.*

<sup>10</sup> El fundamento jurídico 6 indicaba que *el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (STC 61/1990), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la STC 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes.*

<sup>11</sup> Para mayor información sobre la cuestión, puede verse: Zubiri de Salinas, Fernando: “Colaboración al suicidio y eutanasia”, en la obra colectiva *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continuada, 3, CGPJ, Madrid 1999.

<sup>12</sup> Una interpretación novedosa y sugerente de la inducción al suicidio, como una conducta propia de autoría, resulta de la aportación de: Iñigo Corroza, Elena, en “Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, 2023, ISSN 1695-0194.

La llamada **eutanasia pasiva**, en la que se suspenden los tratamientos que mantenían con vida a un paciente. En este proceso se evita intervenir en el proceso de la muerte por parte del personal sanitario, por lo que se deja que sea el paciente que, de forma natural, muera.

Pero no instaurar o suspender ciertos tratamientos no es ningún homicidio deliberado, sino que llega a considerarse como un acto ético. Relativo a esta forma de muerte es el estudio de los actos médicos fútiles, o futilidad en el tratamiento. El Dr. Iceta Gavicagogeascoa planteó el tratamiento del llamado “Acto médico fútil”: es aquel acto médico cuya aplicación está desaconsejada en un caso concreto porque no es clínicamente eficaz (comprobado estadísticamente), no mejora el pronóstico, síntomas o enfermedades intercurrentes, o porque produciría previsiblemente efectos perjudiciales razonablemente desproporcionados al beneficio esperado para el paciente o sus condiciones familiares, económicas o sociales<sup>13</sup>. Al respecto es útil recordar el concepto de obstinación terapéutica,<sup>14</sup> por cuanto son tratamientos posibles conforme al avance de los medios técnicos de que dispone la ciencia médica, pero que solamente alargan la vida, sin posibilidad real de sanación.

La **eutanasia activa indirecta**: aquella en que la muerte se obtiene indirectamente, mediante la utilización de un producto analgésico que tenga efectos colaterales y comprometa alguna función vital, lo que sucedería en el caso de suministrar algún analgésico para calmar un gran dolor y que, como efecto colateral, acelera la muerte de la persona. En estos casos se aplica el argumento del “doble efecto”, que consiste en que la aplicación de un tratamiento o el suministro de un medicamento puede tener dos efectos en el caso de los enfermos terminales: por un lado, evita un mayor sufrimiento para la persona y por otro, puede acortar su vida<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> “El concepto médico de futilidad y su aplicación clínica”, Memoria presentada en la Universidad de Navarra para la obtención del grado de Doctor en Medicina y Cirugía, Pamplona 1995, p. 137.

<sup>14</sup> Obstinación terapéutica: “Situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía, o afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación”. Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, art. 5, j).

<sup>15</sup> Información detallada sobre esta forma de eutanasia en: <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/trabajos/0304/3/4.htm>, Universidad de Barcelona, c. 2024/11/16.

**La sedación terminal**, por razones terapéuticas, mediante la administración de fármacos que producen la depresión del sistema nervioso central (SNC). Médicamente se estima que existen distintas líneas terapéuticas recomendadas para la realización de la sedación paliativa. El Midazolam sería la Benzodiacepina de elección para su instauración, estando contemplado el uso de neurolépticos sedantes (Clorpromazina y Levomepromazina), el Fenobarbital o el Propofol<sup>16</sup>.

## **7. Regulación legal de la eutanasia:**

La eutanasia, tras diversas tentativas y debates sociales y jurídicos, se rige en España por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE de 25 de marzo de 2021). Destacaré en su examen las siguientes cuestiones:

- a) La oportunidad de la legislación;
- b) La regulación, con especial referencia al contexto eutanásico;
- c) La constitucionalidad de la ley: STC 19/2023, de 22 de marzo;
- d) La aplicación de la ley y el papel de las Comisiones de Garantía y Evaluación.

### **7.1. La oportunidad de la legislación**

La eutanasia es tratada de manera diferente en muchas sociedades de un entorno jurídico y cultural similar al de España. Existe una directa regulación, que permite llevarla a efecto, en Austria, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo; en algunos Estados USA, en los que el suicidio asistido por un médico, o “ayuda médica para morir”, es legal en once jurisdicciones: California, Colorado, Distrito de Columbia, Hawái, Montana, Maine, Nueva Jersey, Nuevo México, Oregón, Vermont y Washington; en Canadá, Colombia, Ecuador, Nueva Zelanda, Portugal; en varios estados de México y en varios estados de Australia (Australia Meridional, Australia Occidental, Nueva Gales del Sur, Queensland, Tasmania y Victoria).

No hay regulación en otros derechos europeos. Pero en algunos Estados se admite el suicidio asistido, como en Suiza y Alemania: desde 2020, las asociacio-

---

<sup>16</sup> Fuente: SECPAL, comprender los cuidados paliativos. <https://www.secpal.org/secpal-lanza-el-proyecto-comprender-los-cuidados-paliativos-una-responsabilidad-de-todos> c. 2024/11/16.

nes de eutanasia en Alemania operan libres de castigo, ofreciendo suicidio asistido o refiriendo el caso a médicos. Pero si es un médico quien se la administra, se trata de eutanasia activa. En Alemania, esta última sigue estando prohibida. En Francia existe una notoria controversia social, aunque la legislación vigente es contraria a la eutanasia activa.

En el Preámbulo de la ley española LO 3/2021 (LORE, en lo sucesivo) se lee: *La presente Ley pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia*<sup>17</sup>. Pero ¿existía una demanda social? Esta fue una cuestión discutida en el debate parlamentario y en tertulias y redes sociales, pues si el grupo parlamentario que introdujo la proposición estimaba que esa demanda existe, los grupos de la oposición sustentaban lo contrario. No era clara la respuesta a esta cuestión en el momento en que se promulgó la norma, pero sí parece acreditado que, posteriormente, una mayoría significativa de la población se muestra conforme con la existencia de la posibilidad legal, aunque no se reconoce como usuario de la prestación<sup>18</sup>.

Se debatió también si la regulación legal pudiera generar un “efecto-llamada” para personas que estaban considerando el suicidio como una salida a sus problemas. Esta cuestión no tiene una respuesta clara: si bien es cierto que determinadas posibilidades legales propician la utilización de ellas por parte de los ciudadanos, no es desdeñable advertir que en caso de prohibición se genera un debate público mucho más llamativo. El caso Ramón S., conocido por la ciudadanía

---

<sup>17</sup> Preámbulo de la LORE: *La eutanasia significa etimológicamente «buena muerte» y se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento. En nuestras doctrinas bioética y penalista existe hoy un amplio acuerdo en limitar el empleo del término «eutanasia» a aquella que se produce de manera activa y directa, de manera que las actuaciones por omisión que se designaban como eutanasia pasiva (no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la lex artis), o las que pudieran considerarse como eutanasia activa indirecta (utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente –cuidados paliativos–) se han excluido del concepto bioético y jurídico-penal de eutanasia.*

*El debate sobre la eutanasia, tanto desde el punto de vista de la bioética como del Derecho, se ha abierto paso en nuestro país y en los países de nuestro entorno durante las últimas décadas, no solo en los ámbitos académicos sino también en la sociedad, debate que se aviva periódicamente a raíz de casos personales que conmueven a la opinión pública.*

<sup>18</sup> <https://es.statista.com/estadisticas/682240/opinion-de-los-ciudadanos-espanoles-sobre-el-suicidio-asistido>. El 86 % de la población española apoyaba, según esta encuesta, la eutanasia con determinadas garantías.

nía, tuvo una muy notoria repercusión mediática, que dio lugar a informaciones de prensa, debates en medios de comunicación e incluso a una película cinematográfica renombrada, que fue vista por miles de personas. Probablemente no se hubiera producida toda esta información en caso de haber utilizado un medio legal.

## **7.2. Régimen jurídico en España. Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.**

La tramitación de esta ley en las Cortes Generales partió de una iniciativa de un grupo parlamentario, como Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que fue admitida a trámite por acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 31 de enero de 2020. No fue formulada como Proyecto de Ley Orgánica, presentado por el Gobierno de la nación, de forma que para su tramitación no era preciso el informe del Consejo de Estado ni del Consejo General del Poder Judicial. Esta diferencia fue uno de los motivos de inconstitucionalidad planteados en los recursos que se dedujeron ante el Tribunal Constitucional.

El art. 1, primer párrafo, indica el objeto de la ley: *El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse.*

Requisito personal de quien invoca el derecho es *Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud* (art. 5.1 a) de la LORE).

Lo que regula, sustancialmente, es una prestación de ayuda a morir ante la petición voluntaria formulada al respecto por una persona capaz, que toma esta decisión en un contexto de eutanasia: Requisito imprescindible es *Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable* (art. 5.1 d).

La LORE reconoce el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario (art 16). El criterio de las CGE es que se extiende a la prestación (a ello se puede objetar), pero no a intervenir, como médico o personal sanitario, en los trámites previos.

### **7.2.1. La solicitud:**

A tenor del art. 4.2, *La decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable.*

Esta solicitud ha de ser personal, informada y libre, y se expresará por escrito de forma reiterada, con una separación entre las dos peticiones de al menos quince días (art. 5.1). Pero para los casos de pérdida de capacidad, el art. 5.2 regula los supuestos de personas que hayan llegado a una situación de falta de facultades para tomar la decisión: *No será de aplicación lo previsto en las letras b), c) y e) del apartado anterior en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1.d), y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable.*

A tales efectos es de considerar, para el derecho propio de esta Comunidad Autónoma, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón:

#### *Artículo 15. Las voluntades anticipadas.*

*1. Se entiende por voluntades anticipadas el documento en el que una persona con capacidad legal suficiente, mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, en su caso con la asistencia prevista en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, libremente puede manifestar:*

- a) Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria.*
- b) La designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que este proceda.*

Y la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, sobre las instrucciones previas:

## *Artículo 11. Instrucciones previas.*

*1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo*

Relevante es también la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de las Cortes de Aragón, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

### **7.2.2. El contexto eutanásico:**

Lo que la ley española regula es el derecho a solicitar la prestación de ayudar para morir cuando concurra el llamado “contexto eutanásico”. No es la regulación española una ley que posibilita el suicidio asistido, aunque así se diga en la fundamentación de la STC 19/2023, de 22 de marzo. El suicidio es una decisión que no tiene que venir precedida de un padecimiento insufrible o de una enfermedad grave e incurable. Si una persona, no afecta de esos padecimientos, decidiera quitarse la vida y pretendiera recurrir a medios sanitarios públicos para ello, esta pretensión no podría ser atendida conforme a la legislación vigente en nuestro país.

El contexto eutanásico concurre en dos supuestos, recogidos en el art. 5.1 d), en relación con el 3 b) y c) de la LORE:

**b) «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»:** *situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.*

Normalmente, se trata de enfermedades que producen una grave limitación de las facultades, asociada a sufrimiento intolerable. Se incluyen aquí:

Enfermedades degenerativas.

Enfermedad de Alzheimer.

Esclerosis lateral amiotrófica.  
Ataxia de Friedreich.  
Enfermedad de Huntington.  
Demencia con cuerpos de Lewy.  
Enfermedad de Parkinson.  
Atrofia muscular espinal.

Ha sido objeto de debate la aplicación de la eutanasia ante sufrimientos psíquicos. Los profesores José Antonio Seoane y Blanca Morera avalan la posibilidad de aplicación de esta ley a casos de graves sufrimientos psíquicos<sup>19</sup>. La sentencia del TSJ de Navarra de 16/12/2022 también avala esta posibilidad.

c) «**Enfermedad grave e incurable**»: *la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insopportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.*

Casos de enfermedades incurables, normalmente enfermedades oncológicas, en un estadio avanzado y con metástasis.

### 7.2.3. Tramitación

Se trata de un procedimiento garantista, que comienza formalmente con una petición de eutanasia, por escrito, firmada por la persona solicitante y dirigida al médico habitual de la persona, normalmente el médico de atención primaria o, en caso de hospitalización, al responsable del servicio. La LORE le denomina médico responsable<sup>20</sup>.

El médico debe firmar en la solicitud, incorporarla a la historia clínica y verificar que la petición cumple con los requisitos que marca la ley.

Tras la primera petición se celebra un proceso deliberativo, de un máximo de dos días, en el que, según el art. 8.1, el médico *realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurán-*

---

<sup>19</sup> Fuente: El Periódico de Aragón, 27/10/2024, p. 38, Congreso reunido en San Sebastián, octubre 2024.

<sup>20</sup> Art. 3 d): «*Médico responsable*»: facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

*dose de que comprende la información que se le facilita".* Médico y paciente deben debatir acerca de las alternativas terapéuticas disponibles, así como la posibilidad de acceder a cuidados paliativos. Este proceso deliberativo se continúa tras la segunda solicitud: "el médico responsable, en el plazo de dos días naturales, retomará con el paciente solicitante el proceso deliberativo al objeto de atender, en el plazo máximo de cinco días naturales, cualquier duda o necesidad de ampliación de información que se le haya planteado al paciente tras la información proporcionada.

El médico debe preguntar a su paciente si desea seguir adelante con el proceso. En caso afirmativo, ha de informar al equipo asistencial y familiares -caso de que el paciente lo solicite-, y el enfermo deberá firmar un consentimiento informado (art. 8.2).

Tras la firma del consentimiento informado, el médico responsable deberá "consultar a un médico consultor" (art. 8.3, redacción claramente mejorable)<sup>21</sup>, que no debería tener relación con él ni con la persona solicitante, a fin de que este *tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente, deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5.1, o en su caso en el 5.2, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud, a cuyo efecto redactará un informe que pasará a formar parte de la historia clínica del paciente* (art. 8.3).

La voluntad del legislador fue la de contar con una segunda opinión médica, que asegurase desde un punto de vista clínico la concurrencia de alguno de los supuestos que constituyen el contexto eutanásico. El médico consultor debe ser especialista en la afección que es objeto del diagnóstico que determina el contexto eutanásico; caso de ser varias las afecciones, cualquiera de ellas sería válida.

Si ambos médicos coinciden en que la petición de eutanasia se ajusta a lo previsto por la ley, el médico responsable eleva un informe a la Comisión de Garantías y Evaluación (CGE) autonómica, para que tenga lugar el obligado trámite de control médico-jurídico que se regula en el art. 10.

#### **7.2.4. Decisión**

La CGE debe designar en plazo de dos días un equipo, formado por un médico y un jurista, para que evalúe el caso. La llamada "Dupla", regulada en el art. 17 a 19 de la LORE.

---

<sup>21</sup> Art. 3 e): «Médico consultor»: facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable.

Se trata de la “verificación previa”, mediante la cual esta Dupla ha de informar si *a su juicio, concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir* (art. 10.1). Los dos miembros citados tendrán acceso a la documentación que obre en la historia clínica y podrán entrevistarse con el profesional médico y el equipo, así como con la persona solicitante.

Tras ello, y en el plazo máximo de siete días, emitirán informe al respecto. Si la decisión es favorable, el informe emitido servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación. Si la decisión es desfavorable a la solicitud planteada, quedará abierta la posibilidad de reclamar en virtud de lo previsto en la letra a) del artículo 18. En los casos en que no haya acuerdo entre los dos miembros citados en el apartado 1 de este artículo, se elevará la verificación al pleno de la Comisión de Garantía y Evaluación, que decidirá definitivamente (art. 10.3).

El informe ha de ser motivado, tanto en orden a si concurren los requisitos para entender que se está en el caso en que procede la eutanasia, como a si el procedimiento se ha seguido conforme a derecho y se han observado las exigencias sobre libre emisión de la voluntad, consentimiento informado y las garantías a que se refieren los arts. 13 y 15 de la ley.

La resolución definitiva, tanto sea por el informe favorable de la Dupla o por la decisión del pleno de la CGE, debe ser notificada al médico responsable en plazo máximo de dos días (art. 10.4). A partir de este momento se puede llevar a cabo la eutanasia en el momento en el que decida la persona que la solicitó, lo que no ha de acaecer de modo inmediato, si bien es lo ordinario. Es objeto de debate jurídico si, en el caso en que la persona solicitante decide demorar la ejecución y no fija plazo, los efectos de la resolución favorable caducan y, en caso afirmativo, cuando devendría ineficaz.

La realización podrá hacerse en un centro médico -sanitario público, privado o concertado- o en el domicilio de quien lo solicitó (art. 14). En plazo de cinco días hábiles después de realizada la ayuda médica a morir, el médico responsable debe remitir a la CGE un informe sobre el desarrollo del procedimiento, en los términos que se establecen en el art. 12.

Una vez llevada a cabo la prestación de ayuda a morir, a todos los efectos jurídicos la muerte será considerada como “natural” (Disp. Adicional 1<sup>a</sup> de la LORE), lo que se trata, evidentemente, de una ficción jurídica.

### **7.2.5. Recursos**

La petición de eutanasia puede ser rechazada en cada uno de los momentos del proceso en que se adopta una decisión.

Si el médico responsable rechaza la petición de eutanasia, debe hacerlo por escrito y justificando el informe. Desde el momento de la denegación, el solicitante cuenta con quince días naturales para recurrir la decisión ante la CGE.

Si el médico consultor rechazase la petición, es decir, si no procede a “corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5.1, o en su caso en el 5.2, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud” (art. 8.3), el paciente podrá formular reclamación ante la CGE (art. 8.4).

Si la Dupla designada por la CGE denegase la eutanasia, el paciente puede recurrir a la propia Comisión, órgano colegiado que decidirá sobre la petición. En plazo de veinte días debe emitir una resolución favorable o desfavorable y notificarla al equipo asistencial y el paciente (art. 18 a)). Caso de no resolución, se entiende que existe silencio administrativo negativo, aunque la experiencia acumulada no detecta casos de silencio, sino que la CGE resuelve siempre de forma razonada y en plazo.

Las resoluciones desfavorables de la CGE ponen fin a la vía administrativa, y cabe recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que deberá dilucidar de forma definitiva sobre su petición, por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. (Disp. Adicional 5<sup>a</sup> de la LORE).

Nada dice la ley acerca de la recurribilidad de las resoluciones favorables, aunque sobre ello se ha pronunciado, en sentido favorable a la apertura de la vía jurisdiccional, el auto de 18/09/2024 del TSJ de Cataluña (recurso 290/2024).<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Auto citado, f. j. 2: “Después de lo anterior, el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, atribuye a las Comisiones de Garantía y Evaluación la naturaleza de órganos administrativos, estableciendo su artículo 10 que el informe por ellas emitido sobre la petición de eutanasia, de resultar favorable, servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación (apartado 3). Por su parte, si el informe o resolución fuese desfavorable a la solicitud de la prestación de ayuda para morir podrá ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa (apartado 5). A su vez, su disposición adicional quinta establece que los recursos a los que se refiere el artículo 10.5 se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio.

Disposiciones que, si bien referidas únicamente a las resoluciones de las comisiones que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir (lo que no es del caso), no se alcanza a comprender que las favorables a la petición hayan de recibir un tratamiento impugnatorio diferente, por más que el legislador haya obviado esta posibilidad, quizás al entender que quien solicitó la eutanasia no habría de recurrir su concesión, o que ningún tercero

Existe otro auto de la propia Sala, en igual sentido (recurso 278/2024).

Se ha discutido sobre la competencia para conocer de estos recursos, aunque la escasa jurisprudencia recaída entiende competentes para conocer en primera instancia los juzgados de dicho orden jurisdiccional. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Cataluña en los autos citados *supra*.

### **7.3. Especial consideración a la Comisión de Garantías y Evaluación (CGE)**

La creación por ley de estas comisiones, en cada una de las Comunidades Autónomas, es una garantía de los derechos de los ciudadanos. Se trata de un órgano colegiado, de composición mixta y de naturaleza decisoria y consultiva. Conforme al art. 17 LORE, *Existirá una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las Comunidades Autónomas, así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla. La composición de cada una de ellas tendrá carácter multidisciplinar y deberá contar con un número mínimo de siete miembros entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas*”. Su régimen jurídico es, a tenor de la Disposición transitoria única, “*En tanto no dispongan de su propio reglamento de orden interno, el funcionamiento de las Comisiones de Garantía y Evaluación se ajustará a las reglas establecidas en la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*

En Aragón, la CGE se constituyó por Decreto 131/2022, de 5 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan la Comisión de Garantía y Evaluación de Aragón del derecho a la prestación de ayuda para morir y el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir. El art. 3.1 expresa sus características:

*Artículo 3. Creación y naturaleza de la Comisión de Garantía y Evaluación de Aragón.*

*1. Se crea la Comisión de Garantía y Evaluación de Aragón. Órgano colegiado, deliberativo, multidisciplinar, que tendrá la naturaleza de órgano administrativo, entre cuyos miembros deberá incluir profesionales de la medicina, de la enfermería, psicólogos, trabajadores sociales y juristas.*

---

*estaría legitimado para ello*”.

*2. Actuará con autonomía funcional e independencia de criterio en el ejercicio de sus funciones. Sus miembros no podrán recibir órdenes o indicaciones de ninguna autoridad en el ámbito material regulado en este Decreto. Estará adscrita orgánicamente al departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de sanidad.*

*3. Tiene como fin realizar las funciones que le asigna la normativa reguladora del derecho de eutanasia, y, en coordinación con el Ministerio de Sanidad y las Comisiones de Garantía y Evaluación de otras Comunidades Autónomas, garantizar criterios homogéneos y buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el conjunto del Sistema Nacional de Salud y en su aplicación en la Comunidad Autónoma de Aragón.*

El art. 8 le atribuye funciones consultivas.

Por Orden SAN/1968/2022, de 28 de diciembre, se procedió al nombramiento de los vocales que la integran.

#### **7.4. La constitucionalidad de la ley**

La LORE fue objeto de recurso de inconstitucionalidad 4057-2021, interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que se resolvió por STC 19/2023, de 22 de marzo, en sentido desestimatorio, que declaró la constitucionalidad de la ley. Fue ponente el magistrado Sáez Valcárcel, y existen varios votos particulares. De su fundamentación es reseñable:

Respecto a la iniciativa legislativa y su tramitación, considera que *Las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno [STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 c] -f. j. 3, b-*. Desestima así la argumentación de los recurrentes, que consideraban necesaria la emisión de varios informes, entre ellos el del Consejo General del Poder Judicial.

En cuanto al fondo, tras examinar la evolución legislativa en España y la jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -f. j. 4- y relatar el contenido normativo y el trámite procedural -f. j. 5-, analiza los motivos del recurso y lo desestima, con la siguiente argumentación:

*f.j. 6, C), iv): la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integri-*

*dad física y moral (art. 15 CE). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).*

*En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza prima facie de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).*

*El derecho a la vida debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos. Cuando de las decisiones vitales que analizamos se trata, el respeto a esa autodeterminación debe atender además a las situaciones de sufrimiento extremo objetivo que la persona considera intolerable y que afectan al derecho a la integridad personal en conexión con la dignidad humana. El contenido del derecho a la vida debe coherir con esos otros bienes y derechos constitucionales de la persona para evitar transformar un derecho de protección frente a las conductas de terceros (con el reflejo de la obligación de tutela de los poderes públicos) en una invasión del espacio de libertad y autonomía del sujeto, y la imposición de una existencia ajena a la persona y contrapuesta al libre desarrollo de su personalidad carente de justificación constitucional.*

En definitiva, el derecho a la vida debe ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual, y la regulación de la LORE no es contraria a los derechos fundamentales reconocidos en el texto fundamental.

La STC citada no se limita a declarar que la solución legal es ajustada a la Constitución, sino que va más allá, pues parece indicar que la opción legislativa es la única posible. Este exceso funcional es puesto de manifiesto por el voto particular del magistrado Arnaldo Alcubilla: *la sentencia no se limita a examinar –como debió haber hecho– si la concreta opción legislativa plasmada en esa norma respeta o contradice la Constitución, sino que, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal, viene a*

reconocer un nuevo derecho fundamental, que garantiza como «derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanasicas», que hace derivar en último término del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y al que anuda la naturaleza de derecho prestacional. En este punto creo que el voto particular está justificado.

La declaración de constitucionalidad fue reiterada en la STC 94/2023, de 12 de septiembre, ponencia del presidente Conde-Pumpido, en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por ochenta y ocho diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Esta sentencia efectúa continuas remisiones a la anterior, en cuanto a la fundamentación jurídica. Sobre el procedimiento, se denunciaba vulneración por la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 3/2021 de los arts. 53.2, 168 y 169 CE, por configurar un proceso preferente y sumario para la tutela del “pseudo derecho fundamental a la eutanasia”, lo que es desestimado, al igual que los restantes argumentos de los recurrentes:

f. j. 6: *la facultad de autodeterminación en que consiste la muerte asistida, en contexto de sufrimiento extremo, encuentra su base en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).*

## 7.5. Aplicación de la ley

En 2023 murieron en España 436.101 personas, 28.316 menos que el año anterior. Cada día se producen de media 1.195 fallecimientos.

El Ministerio de Sanidad ha publicado el informe de evaluación anual 2023 sobre la prestación de ayuda para morir en España. El informe revela que durante el año pasado se registraron 766 solicitudes de ayuda para morir, de las cuales se llevaron a cabo 334 prestaciones. En 2023 se registraron un 24,8% más de solicitudes de eutanasia que el año anterior.<sup>23</sup>

En Aragón, en el año 2023, se realizó la prestación de ayuda a morir en 7 casos. El 38% de los que la pidieron fallecieron durante la tramitación; en caso de pacientes oncológicos, la proporción fue del 54,5 %.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Fuente: [www.lamoncloa](http://www.lamoncloa). Consultado 2024/12/15

<sup>24</sup> Datos en Aragón 2023: Fase de información y deliberación. Número de solicitudes: Remitidas a verificación previa. 6

Los datos indicados muestran que son relativamente pocas las solicitudes de la prestación de ayuda a morir que reconoce la LORE, y que un porcentaje elevado de ellas no dio lugar a la prestación, en gran medida porque la persona solicitante falleció durante el periodo de tramitación.

## **8. Algunas consideraciones de futuro**

Las reformas legislativas se producen como consecuencia de los cambios de paradigma que se producen en las sociedades. En la materia que abordamos, cuenta la forma de vida de la postmodernidad, preferentemente ubicada en grandes núcleos urbanos, en la que son datos sociológicos relevantes:

- Escasez de lazos personales y familiares
- Soledad existencial
- Verdades y relaciones “líquidas”
- Falta de referencias acerca de una posible “vida futura”.

Se ha producido, de manera insistente, la deconstrucción de los paradigmas científicos y filosóficos: frente a la filosofía de la razón, *Vivir libremente es vivir con pleno consentimiento bajo la entera guía de la razón* (Baruch Spinoza, 1632-1677), y a las creencias fundadas en una fe religiosa, hoy prima la conciencia de que los hechos son ajustados a la creencia, como una forma de relativismo ético.

En estas circunstancias, es previsible un aumento de demanda de prestación pública como ayuda a la muerte voluntaria, cuando, a juicio de la persona, su vida ha llegado a carecer de sentido.

Sin embargo, es posible pensar en alternativas a una generalización de la eutanasia: cuestiones que provienen de un discurso de sociología del derecho, ética pública y filosofía. Al respecto, varias han sido las declaraciones y manifestaciones efectuadas por asociaciones sanitarias, Iglesias y otras entidades.

La Asociación Médica Mundial (AMM), que aglutina a los colegios médicos de 115 países, expresó en una declaración adoptada por su Asamblea General en 2019: La AMM reitera su fuerte compromiso con los principios de la ética médica

---

Fallecidos por su enfermedad. 7

Informe desfavorable del médico responsable. 5

Informe desfavorable del médico consultor. 1

Total 19

y con que se debe mantener el máximo respeto por la vida humana. Por lo tanto, la AMM se opone firmemente a la eutanasia y al suicidio con ayuda médica.

La Organización Médica Colegial (OMC) de España, por su parte, hizo público un comunicado, ante el inicio del trámite legislativo de la ley, en el que hacía constar que la proposición de ley “es contraria a nuestro Código de Deontología Médica y contradice los posicionamientos de la Asociación Médica Mundial”.

A su vez, la OMC y el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCM) hicieron una declaración conjunta el 21 de mayo de 2018, en la que recordaban el capítulo VII, artículo 36, del código de Deontología Médica: “El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de este”.<sup>25</sup>

La Iglesia católica se ha mostrado siempre contraria al suicidio, en cualquiera de sus formas. Respecto a la ayuda a morir en casos de eutanasia, la Conferencia Episcopal Española (CEE) formuló una declaración en la que expresaba: “Lo propio de la medicina es curar, pero también cuidar, aliviar y consolar sobre todo al final de esta vida. La medicina paliativa se propone humanizar el proceso de la muerte y acompañar hasta el final. No hay enfermos “incuidables”, aunque sean incurables. Abogamos, pues, por una adecuada legislación de los cuidados paliativos que responda a las necesidades actuales que no están plenamente atendidas. La fragilidad que estamos experimentando durante este tiempo constituye una oportunidad para reflexionar sobre el significado de la vida, el cuidado fraterno y el sentido del sufrimiento y de la muerte.

Una sociedad no puede pensar en la eliminación total del sufrimiento y, cuando no lo consigue, proponer salir del escenario de la vida; por el contrario, ha de acompañar, paliar y ayudar a vivir ese sufrimiento. No se entiende la propuesta de una ley para poner en manos de otros, especialmente de los médicos, el poder quitar la vida de los enfermos.

El sí a la dignidad de la persona, más aún en sus momentos de mayor indefensión y fragilidad, nos obliga a oponernos a esta ley que, en nombre de una presunta muerte digna, niega en su raíz la dignidad de toda vida humana”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Declaración de Madrid, 21 de mayo de 2018, Nota de Prensa. <https://www.cgcom.es/notas-de-prensa/asamblea-general-posicionamiento-del-cgcom-ante-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido>

<sup>26</sup> Madrid, 14 de septiembre de 2020, Comisión Ejecutiva de la CEE. <https://www.conferenciaepiscopal.es/nota-de-la-comision-ejecutiva-sobre-la-ley-de-la-eutanasia> C. 2024/12/02

Por su parte, y ante la posibilidad de legislación permisiva en Francia, la Conferencia Episcopal de los obispos de Francia firmó una declaración el 22 de marzo de 2018, titulada “Fin de vie: ¡oui à l’urgence de la fraternité!” (fin de la vida: ¡sí a la urgencia de la fraternidad!), con un contenido más pastoral que normativo.

A mi juicio, la constitucionalidad de la LORE y su aplicación en los casos en que se solicita la prestación, en un contexto eutanásico, no debe impedir que se busquen soluciones de atención y cuidado a las personas afectadas de enfermedades graves, invalidantes y que sean, en el estado de desarrollo de la ciencia médica, incurables. Especialmente, la existencia de apoyos familiares y de relaciones sociales, juntamente con los cuidados asistenciales paliativos del dolor, son vías alternativas y preferentes ante las situaciones patológicas que se presentan al fin de la vida. En este sentido es útil examinar la sentencia del TSJ de Illes Balears, de 12 de enero de 2024 (recurso 558/2022), que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la CGE que denegó la concurrencia de contexto eutanásico, respecto de una persona que aquejaba de dolores graves, y que se encontraba en una situación de soledad.<sup>27</sup>

Unas relaciones humanas más próximas y afectivas podrían ser factor determinante de la búsqueda de alternativas: como acertadamente expresa al efecto el profesor De la Torre Díaz (Univ. De Comillas), *muchas personas no quieren morir, sino vivir de otro modo*; y añade: *Los desafíos de la eutanasia y el suicidio asistido piden una implementación efectiva de cuidados paliativos de calidad para abordar el dolor y el sufrimiento, pero no pueden dejar de lado que la razón social que se esconde detrás de dichas peticiones es la soledad, la depresión, la desconfianza y el abandono de nuestros enfermos, moribundos y mayores.*<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Sentencia citada, f. j. 4: *Esto es, si la paciente, con las mismas patologías, contase con un apoyo sociosanitario adecuado, los sufrimientos que aqueja muy probablemente serían distintos y con ello podría ser distinto su deseo de avanzar la muerte. Con ello se quiere indicar que el deseo de la demandante viene condicionado por circunstancias ajenas al “padecimiento grave, crónico e imposibilitante” vinculado a una enfermedad somática o la “enfermedad grave e incurable” condicionantes que quedan relativizados ante un deseo de avanzar la muerte por la falta de ayudas o apoyos sociales y familiares. En definitiva, debemos ratificar la resolución recurrida pues en la prestación contemplada en la LORE no entran los supuestos de intenciones de suicidio basadas en personas que sin estar gravemente enfermas ni padecer un gran sufrimiento objetivable, sin embargo, entienden que no tienen la vida que les gustaría, y que ha llegado el momento de poner punto final.*

<sup>28</sup> Javier de la Torre Díaz: “Eutanasia: los factores sociales del deseo de morir”. *Revista Iberoamericana de Bioética* / nº 11 / 01-23 [2019]

## BIBLIOGRAFÍA

Blasco, Pedro Luis: “La muerte digna humaniza la eutanasia”, en *Acontecimiento, revista de pensamiento personalista y comunitario*, nº. 132, 2019/3.

De la Torre Díaz, Javier: “Eutanasia: los factores sociales del deseo de morir”, en *Revista Iberoamericana de Bioética* / nº 11, 2019.

Ibáñez Vicente, Oscar, y Sánchez Cano, María Jesús: “La eutanasia: interro-gante jurídico sobre el llamado “derecho a morir””, en *Acontecimiento, revista de pensamiento personalista y comunitario*, nº. 132, 2019/3.

Iceta Gavicagogeasca, Mario: “El concepto médico de futilidad y su apli-cación clínica”, Memoria presentada en la Universidad de Navarra para la obten-ción del grado de Doctor en Medicina y Cirugía, Pamplona 1995.

Íñigo Corroza, Elena, en “Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamento para una reinterpretación del art. 143.1 CP”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 25, 2023, ISSN 1695-0194.

VVAA: “Leyes de eutanasia en España y en el mundo: aspectos médicos”. *Atención Primaria*, 54, enero 2022. En <https://www.sciencedirect.com/>.

Zubiri de Salinas, Fernando: “Colaboración al suicidio y eutanasia”, en la obra colectiva *Delitos contra las personas, Manuales de Formación Continuada*, 3, CGPJ, Madrid 1999.

# **PREMIOS PARA JURISTAS JÓVENES**

**2024**



**PREMIO DE DERECHO PRIVADO  
“CASTÁN TOBEÑAS”**



# LA INCIDENCIA DE NORMATIVA EN PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL

Don Alberto Gil Borque

## INTRODUCCIÓN

“Si los datos son el nuevo petróleo, la protección de datos es el nuevo control de contaminación”.<sup>1</sup>

El objetivo de este trabajo es analizar cómo afecta la normativa vigente sobre protección de datos a determinadas situaciones del ámbito laboral.

Durante la relación laboral que une a cualquier trabajador con su empleador, son numerosos los tratamientos de datos personales que se llevan a cabo. Estos tratamientos de datos personales atribuyen a los trabajadores un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a los empleadores deberes jurídicos, que no se contienen exclusivamente en el derecho fundamental a la intimidad.

Dado que las relaciones laborales son dinámicas, los fines para los que un empleador realiza tratamientos de datos personales de sus empleados son muy diversas y, por este motivo, este trabajo sólo se va a centrar en tratamientos de datos personales muy concretos y que son los que generan mayor controversia.

No obstante, antes de analizar la materia de modo más específico, y para una mejor comprensión de la misma, es necesario clarificar algunos de los principios y aspectos generales que rigen la normativa vigente de protección de datos.

Analizado lo anterior, se ahondará en; cómo afecta al tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras los sistemas de control de la actividad laboral, centrándonos principalmente en los sistemas de videovigilancia y los sistemas de geolocalización; y también se analizará cómo influye la normativa de protección de datos en la obligación de tener un registro horario de la jornada laboral.

---

<sup>1</sup> Jean Philipp Albretch- “Democracy – Im Tausch der Daten” de David Bernet (2015).

## NORMATIVA VIGENTE EN PROTECCIÓN DE DATOS: ÁMBITO DE APLICACIÓN

El marco jurídico que debemos tener en cuenta en España en sede de protección de datos, lo encontramos principalmente en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD en adelante), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD en adelante).

El RGPD, en su artículo 2.1, establece su ámbito de aplicación material: “El presente Reglamento se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.”

Dicho lo anterior debemos tener muy claros dos conceptos, que el propio RGPD se encarga de definir en su artículo 4: qué es un dato personal y qué es un tratamiento.

La definición de dato personal la encontramos en el artículo 4.1) del citado reglamento: “toda información relativa a una persona física identificada o identificable».

De dicha definición, podemos afirmar, a modo de ejemplo, que un dato personal puede ser: un nombre y un apellido, datos sobre la vida profesional o laboral, titulaciones, una imagen, datos del domicilio, información sobre la vida académica, datos de salud o datos de formación.

Por otro lado, la definición de tratamiento queda expresada en el artículo 4.2) de la siguiente manera: “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”

Si ponemos esta última definición en contexto con las relaciones laborales, algunos tratamientos de datos personales que pueden darse son: la recogida de un *curriculum vitae*, entrevistas de trabajo, la formalización de un contrato laboral, el pago de una nómina, análisis de perfil, el registro de la jornada laboral o la formación de empleados.

Por todo ello, podemos afirmar, que la normativa vigente en materia de protección de datos le será de aplicación al empleador con respecto al tratamiento de datos personales que realice de los trabajadores.

## **BASES LEGITIMADORAS PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES**

Uno de los principios del RGPD es el de licitud. Ello quiere decir que los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado.

De este principio se infiere que cualquier tratamiento de datos personales va a requerir siempre de una justificación legal, es decir, no pueden utilizarse por una mera conveniencia o accesibilidad. Por ello, el RGPD tasa las bases que legitiman el tratamiento de datos personales, esto es, para saber si el tratamiento de datos personales que estoy llevando o voy a llevar a cabo es lícito, debo comprobar si encaja con alguna de las bases legitimadoras establecidas en el artículo 6.1 del RGPD<sup>2</sup>.

Las citadas bases legitimadoras no se aplican de manera subsidiaria, por lo que el consentimiento, ni mucho menos, debe ser la base legitimadora principal. Tanto es así que, en una relación laboral es muy poco probable que podamos legitimar el tratamiento de datos personales en el consentimiento de la persona trabajadora. Así lo estableció el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del

---

<sup>2</sup> “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.”

artículo 29 de la Directiva 95/46/CE<sup>3</sup>, en su Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, WP249, adoptado el 8 de junio de 2017:

“Es muy poco probable que el consentimiento constituya una base jurídica para el tratamiento de datos en el trabajo, a no ser que los trabajadores puedan negarse sin consecuencias adversas [...] Salvo en situaciones excepcionales, los empresarios tendrán que basarse en otro fundamento jurídico distinto del consentimiento, como la necesidad de tratar los datos para su interés legítimo. Sin embargo, un interés legítimo en sí mismo no es suficiente para primar sobre los derechos y libertades de los trabajadores”

Del mismo modo, el Grupo de trabajo del artículo 29 en sus Directrices WP48 establece que el recurso al consentimiento como base legitimadora en una relación laboral, deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarlo de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar o anularlo sin ningún perjuicio.

Estas directrices, siguen siendo respaldadas a día de hoy por el Comité Europeo de Protección de Datos -sucesor del Grupo de Trabajo del artículo 29- así como por la Agencia Española de Protección de datos y sus homólogos europeos.

Por ello, si seguimos analizando el resto de bases legitimadoras para el tratamiento de datos personales en una relación laboral, observaremos que son varias las que pueden encajar:

- El tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte.

De esta manera, el empleador está legitimado a tratar datos personales como el nombre completo, fecha de nacimiento, nacionalidad y formación de los empleados, así como cualquier otro dato esencial para establecer y llevar a cabo el contrato laboral.

- El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento.

Esta base jurídica permite el tratamiento de datos cuando sea necesario para

---

<sup>3</sup> El Grupo de Trabajo del Artículo 29 era un organismo consultivo independiente de protección de datos y privacidad establecido por la Directiva 95/46/CE de la Unión Europea. Su función era proporcionar asesoramiento experto a la Comisión Europea en materia de protección de datos. Fue reemplazado por el Comité Europeo de Protección de Datos con la entrada en vigor del RGPD en mayo de 2018.

cumplir las exigencias impuestas por la ley (por ejemplo, cotización a la Seguridad Social, obligaciones tributarias, registro de jornada, información y consulta con los representantes de las personas trabajadoras, etc.) o por un convenio colectivo.

- El tratamiento de datos es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales.

El interés legítimo es una base jurídica que se suele utilizar como cajón de sastre cuando no se encuentra ninguna otra base legitimadora que encaje en un tratamiento concreto. Por ello, siempre que vayamos a utilizar esta base legitimadora deberemos tener especial precaución a la hora de analizar y ponderar si realmente prevalece nuestro interés legítimo o los derechos y libertades del afectado.

Un ejemplo por el que podríamos legitimar este tipo de tratamientos de datos personales serían los datos personales de contacto que aparecen en una tarjeta de empresa, siempre y cuando se cumplan las premisas del artículo 19 de la LOP-DGDD).

## EL DEBER DE INFORMACIÓN

Cuando hablamos de deber de información, hacemos alusión al principio de transparencia del artículo 5.1.a) del RGPD: “los datos personales serán tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado”.

Este principio de transparencia exige que, el responsable del tratamiento<sup>4</sup> -en el caso de una relación laboral esta figura la adoptará siempre el empleador- deberá informar de manera concisa, transparente, accesible y con un lenguaje sencillo<sup>5</sup> sobre el tratamiento que va a realizar de sus datos personales.

---

<sup>4</sup> Esta figura se define en el artículo 4.7) del RGPD como: “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”.

<sup>5</sup> El Grupo de Trabajo del Artículo 29 estableció en sus Directrices del WP260 rev.01 sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679 que la información facilitada a un interesado no debe contener lenguaje o terminología de naturaleza excesivamente legal, técnica o especializada, y deben evitarse expresiones indefinidas como «podría», «algunos», «frecuentemente» y «posible».

El deber de información es una de las piedras angulares del derecho fundamental a la protección de datos<sup>6</sup>, puesto que se trata de una salvaguarda para el afectado desde el momento en el que, entre otras cuestiones le permite ser conocedor de: para qué se utilizan sus datos personales, a quién se le van a ceder sus datos personales, qué datos personales se están tratando o, qué base legitima el tratamiento de esos datos personales. Esta obligación se encuentra recogida en los artículos 13 y 14 del RGPD y en el artículo 11 de la LOPDGDD.

Para cumplir con el citado deber de información sería suficiente con facilitar un documento informativo al trabajador en el que se le informara sobre; quién es el responsable del tratamiento de sus datos personales; los datos de contacto del delegado de protección de datos<sup>7</sup>, en caso de que el responsable del tratamiento lo haya nombrado; qué datos personales se van a tratar; cuáles son las finalidades por las que se van a tratar esos datos personales; qué bases legitiman cada uno de esos tratamientos; qué cesiones de datos personales se realizan a terceros; habría que informar sobre si se realizan transferencias internacionales de datos o no; el plazo durante el cual se van a conservar los datos personales; también habría que informar sobre si se elaboran perfiles o se toman decisiones automatizadas; por último habría que informar sobre los derechos que le asisten en protección de datos y la posibilidad de presentar una reclamación ante la autoridad de control competente que, en el caso de España sería la Agencia Española de Protección de Datos.

Por último, es importante traer a colación que, el empleador, además de tener la obligación de informar, tiene también la obligación de demostrar que ha informado sobre todas estas cuestiones, por lo que, a todas luces, resulta imprescindible que guarde una copia, puede ser en soporte digital o físico, de dicho documento informativo que le permita acreditar que la persona trabajadora ha sido correctamente informada sobre el tratamiento de sus datos personales.

---

<sup>6</sup> La sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional reconoció explícitamente el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, configurándolo como un derecho autónomo y diferenciado del derecho a la intimidad, interpretando la existencia del mismo en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

<sup>7</sup> El delegado de protección de datos se regula en los artículos 37, 38 y 39 del RGPD, así como en el artículo 34 de la LOPDGDD. Es una figura legalmente requerida en ciertas organizaciones por el RGPD y la LOPDGDD. Es responsable de supervisar la estrategia y la implementación para asegurar el cumplimiento de la normativa de protección de datos, asesorar a la entidad en esta materia, formar al personal que trata datos personales y actuar como punto de contacto con las autoridades de control.

## SISTEMAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL

“Una máquina puede hacer el trabajo de cincuenta hombres ordinarios. Ninguna máquina puede hacer el trabajo de un hombre extraordinario”<sup>8</sup>

El trabajador disfruta plenamente de todos sus derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la intimidad<sup>9</sup> y a la protección de sus datos personales. Esto significa que la firma de un contrato laboral no conlleva, bajo ninguna circunstancia, la renuncia de ninguno de los derechos que la Constitución Española garantiza a cada individuo en su calidad de ciudadano. Esta premisa ha sido reiteradamente confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, estableciéndose así como un principio firme y reconocido en el ámbito del derecho laboral.

Por su valor explicativo, la Sala de lo Social del TS, en el Fundamento Jurídico Segundo de su sentencia nº 766/2020, de 15 de septiembre de 2.020, invoca una lista de sentencias del TC que afirman la plena efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de la relación laboral: “En relación con los derechos fundamentales de los trabajadores es doctrina consolidada de nuestro Tribunal Constitucional la que afirma la plena efectividad de los mismos en el marco de la relación laboral, sin que queden eliminados por esa vinculación contractual, aun cuando el propio desarrollo de la relación laboral pueda suponer limitaciones a su ejercicio ( STC 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 106/1996, 186/1996, 90/1997 y posteriores).

No obstante, aunque la intimidad y la protección de datos son derechos fundamentales, en ningún caso son derechos absolutos. Están sujetos a limitaciones y deben ser equilibrados con otros derechos e intereses legítimos. Así lo deja claro el considerando 4 del RGPD: “El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”.

---

<sup>8</sup> Elbert Hubboard.

<sup>9</sup> Artículo 18 de la Constitución Española, 4.2 del Estatuto de los Trabajadores y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante)<sup>10</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> en España han emitido múltiples sentencias que reconocen la necesidad de equilibrar el derecho a la protección de datos con otros derechos y libertades.

En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores ha conferido al empresario el poder de dirección y también facultades de control para verificar las actividades desarrolladas por su personal, por lo que podrá adoptar las medidas que estime más convenientes de vigilancia y control. Este tipo de facultades, en la gran mayoría de las ocasiones, supone un tratamiento de datos personales y, por ende, está sujeto a lo dispuesto en la normativa vigente sobre protección de datos. En estos casos, el trabajador no puede ampararse en su derecho a la intimidad o en su derecho a la protección de datos -como si de un derecho absoluto se tratara-, ya que el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>12</sup> habilita y legitima a los empresarios a llevar a cabo este tipo de medidas de control. No obstante, debemos tener en cuenta que, si estas medidas de control se hacen con base en tecnologías de la información puede conllevar un gran potencial invasivo en la privacidad e intimidad de las personas trabajadoras, como puede ser, entre otros, la instalación de sistemas de videovigilancia, el acceso al correo electrónico del empleado, o el uso de dispositivos de geolocalización. En estas circunstancias, será necesario realizar el triple juicio de proporcionalidad de cada una de las medidas de control que se vayan a adoptar.

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-154/21, asunto Österreichische Post: Dicho esto, es preciso subrayar, por último, que, como resulta del considerando 4 del RGPD, el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto. En efecto, este derecho debe considerarse según su función en la sociedad y ponderarse con otros derechos fundamentales, de conformidad con el principio de proporcionalidad, tal como el Tribunal de Justicia reiteró, en esencia, en el apartado 172 de la sentencia de 16 de julio de 2020, Facebook Ireland y Schrems (C-311/18, EU:C:2020:559).

<sup>11</sup> Sentencia 119/2022, de 29 de septiembre del Tribunal Constitucional: Igualmente “es doctrina reiterada de este tribunal que ‘el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho’”

<sup>12</sup> Artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores: El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

El juicio de proporcionalidad es un criterio jurídico desarrollado y consolidado a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional<sup>13</sup> utilizado para determinar si una medida que limita un derecho fundamental es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Esto implica evaluar si la medida persigue un fin legítimo, si es un medio susceptible para alcanzar ese fin, si es la menos restrictiva entre las opciones disponibles y si existe un equilibrio entre los beneficios de la medida y las restricciones al derecho afectado.

Si se supera este test, el empleador podrá llevar a cabo esas medidas de control, sin olvidarse de respetar el resto de obligaciones y garantías que establece la normativa vigente en protección de datos.

A continuación, vamos a analizar algunos de los sistemas de control laboral más habituales: sistemas de videovigilancia y sistemas de geolocalización.

### **Sistemas de videovigilancia**

Es un hecho muy habitual que las empresas instalen cámaras de seguridad con el ánimo de proteger sus instalaciones y bienes. Además, la instalación de este tipo sistemas de videovigilancia se suele externalizar con empresas de seguridad privada, por lo que las imágenes son tratadas también por terceros ajenos a la propia empresa.

En este contexto, es necesario traer a colación que la imagen es considerada un dato personal, cuyo tratamiento está sujeto al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Este hecho supone que, la instalación de cámaras de videovigilancia -situación cotidiana en el mundo empresarial- y el tratamiento de dichas imágenes esté sujeto a la normativa vigente en protección de datos y, en consecuencia, conlleve una serie de obligaciones en sede de protección de datos que debemos tener en cuenta para evitar cuantiosas sanciones económicas.

Por todo lo anterior, es importante que, en primer lugar, definamos para qué vamos a utilizar las imágenes obtenidas a través de las cámaras de videovigilancia. Así, debemos valorar si las mismas las vamos a utilizar única y exclusivamente con fines de seguridad, es decir, para proteger nuestras instalaciones, bienes y personal o si, además, las vamos a utilizar con otros fines, como por

---

<sup>13</sup> Aunque el principio de proporcionalidad ha sido utilizado en muchas decisiones del Tribunal Constitucional, téngase por todas, dada su relevancia, la STC 66/1995, de 8 de mayo.

ejemplo para el control laboral conforme lo dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores. En definitiva, debemos determinar los fines por los que vamos a utilizar las imágenes obtenidas a través de las cámaras de videovigilancia. Este hecho es del todo relevante, ya que, atendiendo al principio de limitación de la finalidad, una vez hemos obtenido los datos personales con unos fines determinados, no podremos tratarlos posteriormente de manera incompatible con dichos fines. Por ejemplo, si hemos determinado que la finalidad de las cámaras de videovigilancia es única y exclusivamente la seguridad de instalaciones y bienes, no podré utilizar cuando me convenga dichas imágenes para llevar un control laboral -salvo excepciones muy concretas-.

El tratamiento de datos personales con la finalidad de videovigilancia queda regulado de manera genérica en el artículo 22<sup>14</sup>de la LOPDGDD y, de manera específica, en el contexto de una relación laboral, en el artículo 89<sup>15</sup>de la LOP-DGDD.

Por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en los artículos mencionados en el párrafo anterior y la facultad otorgada al empresario por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, las imágenes obtenidas por estos sistemas de videovigilancia sí que podrán ser utilizadas por parte del empleador para fines de videovigilancia y control. La base jurídica que legitimará dicho tratamiento será la ejecución de un contrato en relación con el poder de control empresarial del artículo 20.3 del ET.

En cualquier caso, con carácter previo a implantar estos sistemas de videovigilancia con la finalidad de control laboral, se deberá realizar el citado juicio de proporcionalidad, es decir, el empleador podrá adoptar esta medida cuando no exista otra más idónea para conseguir los fines perseguidos de vigilancia y control.

---

<sup>14</sup> Artículo 22 de la LOPDGDD: “1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

8. El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica.”

<sup>15</sup> Artículo 89 de la LOPDGDD: 1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”.

Así se ha pronunciado en numerosas ocasiones nuestra jurisprudencia, tén-  
gase por todas, la sentencia 186/2000, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional,  
por la que se consideró que la instalación de videovigilancia con la finalidad de  
control en determinados puestos laborales debería ser conforme al principio de  
proporcionalidad.

Una vez superado el triple juicio de proporcionalidad, el empleador debe  
tener en cuenta una serie de obligaciones y prohibiciones:

En primer lugar, deberá informar con carácter previo y, de forma expresa,  
clara y concisa a las personas trabajadoras y, en su caso, a los representantes  
legales de las personas trabajadoras.

En todos los casos, se deberá informar de la existencia de un sistema de  
videovigilancia. Con este fin se colocará un cartel suficientemente visible en los  
accesos a las zonas vigiladas, que indicará de forma clara la identidad del res-  
ponsable de la instalación, ante quién y dónde dirigirse para ejercer los derechos  
que prevé la normativa de protección de datos, y dónde obtener más información  
sobre el tratamiento de los datos personales.

La información que habrá que facilitar será la dispuesta en el artículo 13 del  
RGPD. Lo habitual es que se informe expresamente a las personas trabajadoras y  
se formalice mediante la firma por estas de un documento informativo facilitado  
por el empleador, en el que se les informa sobre: quién es el responsable del tra-  
tamiento, con qué finalidad se van a utilizar las imágenes, qué base jurídica legi-  
tima el tratamiento de dichas imágenes, plazo de conservación<sup>16</sup> de las imágenes,  
a quién se le podrían ceder las imágenes y lo derechos que asisten al interesado  
en protección de datos.

La sentencia 29/2013, de 11 de febrero de 2013, del Tribunal Constitucional,  
considera que existe un claro deber de información previa a los trabajadores, por  
parte de la empresa, respecto a la puesta en práctica de controles laborales, entre  
otros de videovigilancia<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> El artículo 24.3 establece que las imágenes obtenidas de cámaras de videovigilancia serán supri-  
midas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando deban de ser conservadas  
para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instala-  
ciones.

<sup>17</sup> La STC 29/2023, de 11 de febrero de 2023, reza así: “el artículo 18.1 de la Constitución impone  
como regla de principio y, de forma añadida al resto de sus garantías un deber de información que  
protege frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad”.

En un sentido similar, se pronuncia la sala cuarta del Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3307), en la que analizó la legalidad de una instalación de cámaras de videovigilancia que apuntaban especialmente a la zona de cajas. En la mencionada sentencia, el alto tribunal exige que exista una previa información a las personas trabajadoras sin que sea suficiente la notoriedad de la instalación, teniéndose en cuenta, además que no se había informado acerca de que las grabaciones no se utilizarían a efectos laborales.

No obstante lo anterior, el TC modificó y aclaró la doctrina a seguir en relación con el uso de videovigilancia con fines laborales, así lo hizo en su sentencia 39/2016, de 3 de marzo de 2016.

En este asunto, se interpone una demanda de amparo ante el TC por haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa, prueba que la recurrente estima nula de pleno derecho al haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales del trabajador. La trabajadora no había sido informada previamente de la instalación de cámaras de videovigilancia en su puesto de trabajo. El sistema de videovigilancia captó la apropiación de efectivo de la caja de la tienda por parte de la trabajadora y por este motivo fue despedida disciplinariamente.

En el supuesto concreto se consideran como hechos probados, por un lado, que la cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja. Por otro lado, en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos.

Así, la citada sentencia concluyó que, teniendo la trabajadora información previa a la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el artículo 18.4 de la Constitución Española, aunque no se le hubiese informado expresamente de la finalidad de control laboral.

La doctrina de esta sentencia del TC fue aplicada por el TS en varias sentencias, como la de 7 de julio de 2016, en la que se contempla el caso de una empleada de un supermercado que, junto con otra, consumía productos de la empleadora en el almacén, constando, como hecho probado, que todo el personal tenía conocimiento de la instalación de cámaras de videovigilancia, instalación que, además estaba anunciada por carteles.

También cabe destacar las sentencias de la sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 31 de enero y 2 de febrero de 2017, en ambos supuestos la empresa cuenta con

un sistema de videovigilancia por razones de seguridad, no tratándose de una instalación oculta, siendo perfectamente conocida por las personas trabajadoras, aunque no se les hubiese informado expresamente de la finalidad de control de la actividad laboral. Del mismo modo, en ambos casos, preexiste una situación de desconfianza por incidencias similares acaecidas con anterioridad.

Por ello, en ambas sentencias, el TS concluye que la obtención de la prueba a través de cámaras de videovigilancia es válida, aunque el trabajador no haya sido expresamente informado de la finalidad de control de la actividad laboral, siempre que se conozca la existencia de las cámaras y se observe el principio de proporcionalidad.

Muy probablemente, la doctrina seguida por el TC y el TS, influyó en la redacción del artículo 22 de la nueva LOPDGDD. Así, el apartado cuatro del citado artículo establece que, en el caso de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores, se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el cartel distintivo aprobado por la Agencia Española de Protección de Datos<sup>18</sup>.

En segundo lugar, otra de las obligaciones que deberá tener en cuenta el empleador a la hora de implantar un sistema de videovigilancia con fines de control laboral es la instalación de cámaras en lugares destinados al descanso o esparcimiento de las personas trabajadoras. Como lugares de esparcimiento o descanso podemos entender los vestuarios, aseos, comedores y análogos. No obstante, la normativa no define unos *numeris clausus* de lugares de esparcimiento o de descanso, todo ello dependerá de la idiosincrasia de cada uno de los centros de trabajo y del uso habitual que se les dé a las diferentes estancias del mismo.

A modo ilustrativo, la Sentencia 7446/2023, de 29 de junio de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC en adelante), declaró improcedente el despido de una trabajadora que, en síntesis, había sido demandada por su empleador al ser descubierta, mediante las cámaras de videovigilancia, miccionando en varias ocasiones en utensilios que se utilizaban en el obrador del pan. El principal motivo por el que el TSJC declaró improcedente el despido fue porque, además de que ninguna de las personas trabajadoras tenía conocimiento de la instalación de cámaras de videovigilancia en el obrador, este también se utilizaba como vestuario por las personas trabajadoras y, por ende, la aportación de las imágenes se consideró como una prueba nula por vulnerar la privacidad e intimidad de las personas trabajadoras y lo dispuesto en el artículo 89 de la LOPDGDD.

---

<sup>18</sup> <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/cartel-videovigilancia.pdf>

En tercer lugar, el empleador deberá respetar el principio de minimización de datos establecido en el artículo 5 del RGPD. En el ámbito de la videovigilancia, este principio supone: I) Que el número de cámaras se limite a las necesarias para cumplir con su función; II) Tener en cuenta el principio de privacidad por defecto del artículo 24 del RGPD; III) Que los monitores de grabación sean sólo visualizados por las personas autorizadas.

En cuarto lugar, el empleador no podrá conservar las imágenes obtenidas por las cámaras de videovigilancia por un plazo superior a un mes desde la captación de estas, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación (artículo 22.3 de la LOPDGDD).

En quinto lugar, el empleador debe considerar cuidadosamente la cuestión de la grabación de sonidos en el lugar de trabajo cuando establece sistemas de videovigilancia para supervisión laboral. Esta práctica solo se justifica en circunstancias donde existan riesgos significativos para la seguridad de las instalaciones, bienes o personas, relacionados con las actividades laborales. Además, cualquier grabación de sonido debe adherirse estrictamente a los principios de proporcionalidad y mínima intervención, respetando las salvaguardas estipuladas en el artículo 89.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo precedente puede conllevar importantes sanciones económicas. Así, la Agencia Española de Protección de Datos en su Procedimiento Sancionador 178/2022 sancionó con 20.000.-€ a una empresa que tenía instalado un sistema de videovigilancia con grabación de imágenes y sonido por no ser, esto último (la grabación de sonidos), proporcionado a la finalidad pretendida.

Sin perjuicio de lo anterior, sí que existe una doctrina pacífica en lo que se refiere a la grabación de conversaciones de la persona trabajadora al empleador en el ámbito laboral. A modo ilustrativo, la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2014 <sup>19</sup>estableció:

---

<sup>19</sup> Esta sentencia aplica la tradicional doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: STC 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 179), STC 159/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 159), STC 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012, 241).

Un empleado puede válidamente grabar la conversación con su empleador sin su consentimiento siempre que quien graba sea uno de los interlocutores.

En todo caso hay límites: si la conversación desvela aspectos de la vida privada de la otra parte, su difusión podría constituir una intromisión ilegítima, que sólo quedaría enervada sin resulta justificada, idónea, necesaria y proporcionada.

Y en caso de que la grabación contuviera datos de carácter personal, deberían respetarse además las exigencias de la normativa vigente en protección de datos.

### **Sistemas de geolocalización**

Actualmente es muy común que se utilicen sistemas de geolocalización en nuestra vida cotidiana, por lo que, como es lógico, también se utiliza en el entorno empresarial para diversas finalidades: seguridad, logística, control laboral, etc.

En este sentido, el uso de sistemas de geolocalización en dispositivos móviles o vehículos es de uso común en diversos entornos laborales, el ejemplo más claro podría ser el sector del transporte.

La primera pregunta que nos surge es si los datos de geolocalización son considerados como datos de carácter personal y, en caso afirmativo, la siguiente pregunta a contestar es si estamos ante un tratamiento de datos personales.

En cuanto a la primera cuestión, no cabe duda que los datos de geolocalización son considerados datos de carácter personal, ya que permiten la identificación del interesado.

Atendiendo a la segunda cuestión, la información obtenida de la geolocalización supone un tratamiento de datos personales y, por lo tanto, obliga a las empresas a cumplir con la normativa de protección de datos, y en especial, con lo dispuesto en el artículo 90 de la LOPDGDD.

La base que legitimaría el tratamiento de los datos obtenidos de la geolocalización sería exactamente la misma que para el tratamiento de datos obtenidos de las cámaras de videovigilancia: la ejecución de un contrato en relación con el poder de control empresarial del artículo 20.3 del ET.

El artículo 90.1 de la LOPDGDD establece que: “1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”.

No obstante, como ocurre con cualquier tratamiento de datos personales, el tratamiento referido a los datos de localización debe ser proporcionado a la finalidad que lo motiva. Por lo que, de nuevo, será necesario realizar el ya citado triple juicio de proporcionalidad.

Debido a estas razones, no es posible ofrecer una respuesta generalizada, puesto que es necesario examinar cada situación específica para evaluar la adecuación del uso de los datos de localización de los empleados. Sin embargo, es útil considerar las directrices proporcionadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29 en su Dictamen 5/2005 sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido.

En este Dictamen se señala que “...el tratamiento de datos de localización relativos a empleados ha de corresponder a una necesidad específica de la empresa que guarde relación con su actividad. El tratamiento de los datos de localización puede estar justificado si se lleva a cabo formando parte del control de transporte de personas o bienes o de la mejora de la distribución de los recursos para servicios en puntos remotos o cuando se trate de lograr un objetivo de seguridad en relación con el propio empleado o con los bienes o vehículos a su cargo.”

Por otro lado, el citado Dictamen concluye que “en cualquier caso, el requisito relativo a la finalidad implica que un empresario no debería recoger datos de localización en relación con un empleado fuera de su tiempo de trabajo”.

En este sentido se pronuncia el Informe 0090/2009 de la Agencia Española de Protección de Datos<sup>20</sup>, que también hace alusión al mencionado Dictamen 5/2005 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 y que considera excesivo el tratamiento de datos de geolocalización de un empleado fuera de su horario de trabajo: “(...) la finalidad que ocasiona el tratamiento de datos de localización del escolta es garantizar la seguridad de la persona escoltada. No obstante, siguiendo el razonamiento del informe anterior, podría acogerse al poder de dirección empresarial en vez de a la normativa de Seguridad Privada. (...) el tratamiento de los datos de localización fuera del tiempo de la prestación laboral, resulta excesivo en relación a la finalidad perseguida (...) en su Dictamen 5/2005, sobre el uso de los datos de localización con vistas a prestar servicios con valor añadido, señala que este tipo de tratamiento plantea, entre otras cuestiones, la relativa a la línea divisoria entre la vida laboral y la privada, (...) (...) el requisito relativo a la finalidad implica que un empresario no debería recoger datos de localización en relación

---

<sup>20</sup> <https://www.aepd.es/documento/2009-0090.pdf>

con un empleado fuera de su tiempo de trabajo. (...) el Grupo recomienda que se dote a los equipos (...) de un sistema que les permita desactivar la función de localización.

Otra sentencia relevante, como ejemplo de vulneración de los derechos a la protección de datos de un trabajador, es la STSJ de Madrid, de 12 de julio de 2019, donde se acreditó que la empresa había procedido a instalar en el vehículo de la empresa, asignado a un empleado, un sistema GPS que reportaba las 24 horas del día, todos los días del año, invadiendo claramente su vida privada ya que el control se excedía incluso en períodos temporales ajenos a la jornada laboral. Además, la instalación del sistema de geolocalización no fue comunicado ni al trabajador, ni al comité de empresa. El TSJ de Madrid condenó a la empresa con una indemnización a favor del trabajador que ascendió a 12.000 euros por el daño moral causado.

Por ello, se recomienda que aquellos dispositivos que cuenten con sistemas de localización y que puedan ser utilizados para fines privados por los empleados, cuenten con un sistema que les permita desactivar la función de localización cuando se de aquélla circunstancia.

En lo que se refiere al plazo de conservación de los datos de localización, la normativa vigente en protección de datos no establece un plazo concreto como sí que hace con las imágenes obtenidas de las cámaras de videovigilancia, por lo que la Agencia Española de Protección de Datos recomienda tomar como referente lo señalado en el ya mencionado Dictamen 5/2005 donde se recomienda que el periodo de retención de los datos de localización sea razonable, es decir, que no supere los dos meses. De hecho, cuando un empresario pretenda llevar a cabo el tratamiento de datos de localización por un período superior a los dos meses, es recomendable que previamente anonimice dichos datos.

Una vez hemos aclarado la legalidad del tratamiento de datos de localización de los empleados por el empleador, previamente a su instalación y uso, se deberá cumplir con la obligación de informar sobre la instalación de estos sistemas de geolocalización en el ámbito laboral<sup>21</sup> y sobre su finalidad.

No debemos confundir el hecho de no necesitar el consentimiento del interesado para tratar los datos personales relacionados fines de control laboral, con el

---

<sup>21</sup> En este sentido, el artículo 90.2 de la LOPDGG dispone: “2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.”

deber de información recogido en el artículo 13 del RGPD. De esta manera, con carácter previo, los empleadores deberán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a las personas trabajadoras y, en su caso, a sus representantes, sobre la existencia y características de estos dispositivos. Del mismo modo deberán informar acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso<sup>22</sup>, rectificación<sup>23</sup>, supresión<sup>24</sup>y limitación del tratamiento<sup>25</sup>.

Como ocurre con cualquier otra medida de control, el empleador, con base en lo dispuesto en el artículo 64.5 del ET, estará obligado a informar a los representantes legales de los trabajadores de la implantación de estos sistemas de geolocalización<sup>26</sup>.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la obligatoriedad del deber de información del empresario. Así, por su carácter ilustrativo, se trae a colación la Sentencia del TSJ de Castilla - La Mancha (sala de lo Social, sección 2ª) de 23 de marzo de 2015, que examinó la procedencia del despido disciplinario de un vigilante de seguridad por incumplimientos graves de los que tuvo conocimiento la empresa a través del sistema de GPS instalado en el vehículo que le fue proporcionado al trabajador. Éste no consintió en su día la instalación del sistema de control, pero sí fue informado de esta circunstancia. La sentencia concluye que los datos obtenidos por medio de la instalación del GPS en el vehículo proporcionado por la empresa para el desempeño de sus tareas durante la jornada laboral pueden emplearse con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador con independencia de que no se cuente con su consentimiento.

Otra de las sentencias con un gran valor jurídico por su incidencia en la importancia de cumplir con el deber de información para evitar injerencias en la privacidad de un trabajador y, por traer a colación el concepto de “expectativa razonable de intimidad” es la STS nº 766/2020, de 15 de septiembre de 2.020, de

---

<sup>22</sup> Artículo 15 del RGPD.

<sup>23</sup> Artículo 16 del RGPD.

<sup>24</sup> Artículo 17 del RGPD.

<sup>25</sup> Artículo 18 del RGPD.

<sup>26</sup> Artículo 64.5 del ET: “El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo

la Sala IV de lo Social. En esta sentencia el TS señala que el uso de los datos obtenidos por un geolocalizador GPS instalado en el vehículo de empresa es lícito en los casos en los que el trabajador esté informado de la instalación del dispositivo, tenga restringida la utilización del coche a la actividad laboral y sólo recojan información sobre el movimiento y localización del vehículo.

Así, lo expresa en los apartados quinto y siguientes de su Fundamento Jurídico Segundo: “La interrelación entre las exigencias del respeto a la protección de datos y la eventual invasión de la intimidad del trabajador se ha abordado particularmente en relación con el uso de los medios informáticos. Hemos insistido en que la empresa debe de haber establecido previamente las bases para el uso de los instrumentos, así como haber informado a los trabajadores que se iba a proceder «al control de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando fuere preciso» (STS/4<sup>a</sup> de 8 marzo 2011 -rcud. 1826/2010- y STS/4<sup>a</sup>/Pleno de 6 octubre 2011 -rcud. 4053/2010- La clave del rechazo a la introducción hay que encontrarla en la existencia de una expectativa de intimidad por parte del trabajador, bien porque existan disposiciones o reglas expresas o bien porque se base en un uso social de tolerancia. De ahí que sólo el conocimiento anticipado por parte del trabajador de que puede ser objeto de fiscalización por el empresario legitimará el acto de injerencia en los sistemas e instrumentos puestos a su alcance por la entidad para la que trabaja. Por ello, si no existe una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existirá ya una expectativa razonable de intimidad, puesto que, si el uso personal de los instrumentos de la empresa es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo.”

El TS concluye: “En suma, la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no apreciamos ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios. Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada de la trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que, eso sí, ella era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado.”

Claramente, el Alto Tribunal señala que, para evitar que el trabajador vea vulnerado su derecho fundamental a la intimidad es necesario que el empleador le informe sobre la posibilidad de fiscalizar los medios que ha puesto a su disposi-

ción si existen sospechas o dudas de un uso ilícito o fraudulento de estos. De esta manera, se suprime esa expectativa razonable de intimidad del trabajador y, por ende, el empleador estará legitimado para comprobar los dispositivos y sistemas puestos a disposición del trabajador, en aras de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

Otra cuestión analizable y que genera controversia en lo referente a la geolocalización de empleados es el mandato por el que el empleador obliga al trabajador a implantar un sistema de geolocalización en un dispositivo personal, esto es, un dispositivo o medio que no ha sido facilitado por el empleador. El ejemplo más común puede ser la instalación de una aplicación que geolocalice el teléfono móvil personal del empleado.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en su sentencia 136/2019, de 6 de febrero, cuando declaró que es contrario al derecho a la protección de datos imponer una cláusula en el contrato que exija al trabajador comunicar al empresario una dirección de correo electrónico y disponer de un teléfono móvil con conexión a internet para instalar una aplicación de geolocalización que permita a los clientes realizar un seguimiento de los pedidos durante el reparto.

Otra de las sentencias más relevante en este aspecto es la que afectó a TELEPIZZA, en la sentencia nº 163/2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada el 8 de febrero de 2021. En esta sentencia se confirmó la nulidad del llamado ‘Proyecto Tracker’ de Telepizza SAU que suponía la obligación para el trabajador con categoría de repartidor de aportar un teléfono móvil personal con conexión a Internet para usar en él aplicaciones informáticas de la empresa con el fin de facilitar su geolocalización durante el reparto.

Así se pronuncia en su Fundamento Jurídico segundo: “En definitiva, el motivo no ha desvirtuado las razones ofrecidas en la sentencia recurrida sobre el juicio de proporcionalidad, no pudiendo aceptarse que la aportación por parte del trabajador de su móvil personal sea lo mismo que si lo aporta la empresa ya que en ese caso no estarían en juego derechos de los trabajadores como los que aquí se están debatiendo. Ni tampoco estamos ante una situación equiparable a la aportación de motocicleta propiedad del trabajador porque, insistimos y al margen de que ese instrumento no está en su configuración y herramienta de trabajo vinculado a datos personales, se trata de fijar si la medida adoptada no conculca los derechos fundamentales de los trabajadores.”

A renglón seguido, añade que, Telepizza, además ha incumplido con los deberes de información recogidos en el artículo 13 del RGPD: “Máxime si a

ello unimos lo que la Sala de instancia añade como elemento que contribuye a la vulneración del derecho a la protección de datos personales, como el relativo a la falta de información a los trabajadores de los arts. 12 y 13 del Reglamento 679/2016. Información que no es la que señala la parte recurrente, cuando se remite al hecho probado décimo cuarto, sino la relativa a la información que recoge el citado art. 13, en materia de tratamiento de los datos (recordemos la STC 39/2016 que nos dice “ El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, pues resulta un complemento indispensable de la necesidad de consentimiento del afectado. El deber de información sobre el uso y destino de los datos personales que exige la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal está íntimamente vinculado con el principio general de consentimiento para el tratamiento de los datos, pues si no se conoce su finalidad y destinatarios, difícilmente puede prestarse el consentimiento. Por ello, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento para tener en cuenta dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento”).”

## **REGISTRO DE LA JORNADA LABORAL**

La aprobación del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, estableció la obligación de todas las empresas de tener un control efectivo del número de horas que realizan sus empleados.

El citado Real decreto-ley introduce un nuevo apartado, el 9, en el artículo 34 del ET: “La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.”.

Por lo tanto, estamos ante otro tratamiento de datos personales, ya que supone una operación (registrar) realizada con datos personales (se identifica a la persona trabajadora) y que, en este caso, tiene su base legitimadora en el cumplimiento de una obligación legal: registrar el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de cada persona trabajadora.

Visto lo anterior, con carácter general, para la implantación de un sistema de registro de jornada no se precisará del consentimiento del trabajador, puesto

que la base jurídica será el cumplimiento de una obligación legal dispuesta en el artículo 34.9 del ET. No obstante, como ya hemos visto a lo largo de este trabajo, el hecho de contar con una base legitimadora para este tratamiento que no sea el consentimiento de los trabajadores, no es óbice para que los empleadores deban cumplir con el deber de información del artículo 13 del RGPD sobre la existencia del registro de la jornada y de la finalidad del tratamiento de los datos personales que se obtienen con dicho registro.

En este caso el plazo de conservación de los datos personales que constan en el registro horario, tal y ocurre con las imágenes de las cámaras de videovigilancia y al contrario de lo que ocurre con los datos de geolocalización, sí que está fijado por la normativa, concretamente en el párrafo tercero del artículo 34.9 del ET<sup>27</sup>, estableciendo un plazo de conservación de cuatro años.

La citada normativa no establece qué mecanismos o sistemas deben implantarse por parte de la entidad, la cual podrá optar por el que considere más adecuado.

Esta cuestión, en absoluto es baladí, puesto que, como vamos a ver a continuación, el tipo de sistema utilizado para llevar a cabo el registro horario puede dificultar mucho su encaje con la normativa en protección de datos.

Se pueden utilizar diversos sistemas para llevar a cabo el registro de jornada; manuales, analógicos o digitales. Algunos de los más habituales consisten en; un documento en papel que las personas trabajadoras deben ir rellenando diariamente con las horas de entrada y salida; otros consisten en aplicaciones informáticas que permiten registrar la entrada y salida a través de un teléfono móvil o dispositivo electrónico similar; los hay también que permiten “fichar” a través de tarjetas o llaveros nominativos; e incluso hay sistemas que permiten realizar el registro horario mediante un sistema de reconocimiento facial o dactilar de la persona trabajadora.

Estos últimos, por su condición de datos biométricos<sup>28</sup> y, por ende, datos de carácter especial<sup>29</sup>, gozan de una especial protección y sólo podrán ser tratados

---

<sup>27</sup> Apartado tercero del artículo 34.9 del ET: La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>28</sup> El RGPD en su artículo 4.14) define datos biométricos como: “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”

<sup>29</sup> Regulados en el artículo 9 del RGPD y artículo 9 de la LOPDGDD.

por el empleador si se cumple alguna de las excepciones establecidas en el artículo 9.2 del RGPD.

Llegado a este punto, por su relación con la materia, es necesario traer a colación las conocidas como evaluaciones de impacto en protección de datos. Las evaluaciones de impacto en protección de datos se regulan en el artículo 35 del RGPD y son definidas por la Agencia Española de Protección de Datos como: “una herramienta que permite evaluar de manera anticipada cuáles son los potenciales riesgos a los que están expuestos los datos personales en función de las actividades de tratamiento que se llevan a cabo con los mismos”<sup>30</sup>.

El apartado 3 del mencionado artículo 35 del RGPD, enumera de manera muy genérica aquellos supuestos en los que el responsable del tratamiento, debe realizar una evaluación de impacto en protección de datos. En el caso que estamos analizando, es de interés lo dispuesto en la letra b): “tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1(...)”.

Este apartado introduce un concepto jurídico indeterminado: “gran escala”. Hecho curioso, puesto que, aunque es un concepto que se nombra en hasta trece ocasiones, tanto en los considerandos como en el articulado del RGPD, en ningún caso se define -aunque, en honor a la verdad, el considerando 91 puede darnos alguna orientación-. Del mismo modo ocurre con la normativa nacional, ya que la LOPDGDD tampoco aporta ningún dato que permita definir dicho concepto.

La Agencia Española de Protección de Datos tampoco proporciona una definición numérica estricta de “gran escala”, pero ofrece orientación considerando factores como el número de interesados afectados, el volumen de datos y/o el rango de diferentes elementos de datos, la duración o permanencia de la actividad de tratamiento, y la extensión geográfica de la actividad. En definitiva, la interpretación de “gran escala” se realiza caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza, el contexto, el alcance y los fines del tratamiento.

Por lo que, como podemos ver, la normativa no nos clarifica a la hora de saber si, en el caso concreto que estamos analizando, se requiere realizar una evaluación de impacto en protección de datos. Por este motivo -y por la obligación que le impone a la Agencia Española de Protección de Datos el apartado 4<sup>31</sup> del

---

<sup>30</sup> <https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/10-evaluacion-de-impacto/FAQ-0225-que-es-una-evaluacion-de-impacto-de-la-proteccion-de-datos>

<sup>31</sup> Artículo 35.4 del RGPD: “La autoridad de control establecerá y publicará una lista de los tipos de operaciones de tratamiento que requieran una evaluación de impacto relativa a la protección

artículo 35 del RGPD-, la Agencia Española de Protección de Datos, ha emitido un listado orientativo de tipos de tratamientos de datos que requieren de una evaluación de impacto en protección de datos<sup>32</sup>.

Según establece la Agencia Española de Protección de Datos, para que sea necesario realizar una evaluación de impacto en protección de datos los tratamientos analizados deberán cumplir con dos o más de los requisitos establecidos en la citada lista. En el caso que nos ocupa, los más relevantes son el cuarto y el quinto:

“4. Tratamientos que impliquen el uso de categorías especiales de datos a las que se refiere el artículo 9.1 del RGPD (...) 5. Tratamientos que impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física.”

Pese a lo dicho anteriormente, la necesidad, o no, de que los sistemas de registro horario de la jornada laboral en las organizaciones exijan la realización de una evaluación de impacto en protección de datos no es una cuestión pacífica y dependerá de cada caso concreto. Así, por ejemplo, pese al listado orientativo elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos citado en los párrafos precedentes, esta también emitió una lista orientativa sobre tipos de tratamientos que no requieren una evaluación de impacto en protección de datos. En dicho listado, el punto 5, establece que no requieren de una evaluación de impacto en protección de datos: “Tratamientos obligatorios por ley y realizados con relación a la gestión interna del personal de las PYMES con finalidad de contabilidad, gestión de recursos humanos y nóminas, seguridad social y salud laboral (...).

En esta materia, resulta de interés el Dictamen emitido por la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT en adelante), de 14 de diciembre de 2019: “Dictamen en relación con la consulta formulada por un colegio profesional sobre la utilización de sistemas de control basados en la huella dactilar” (Dictamen CNS 63/2018).

En este Dictamen, la APDCAT considera la necesidad de realizar una evaluación de impacto en protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en las que se lleve a cabo el tratamiento para determinar su legitimidad y proporcionalidad, incluido el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas y establecer las garantías adecuadas. Además, también afirma que la inclusión

---

de datos de conformidad con el apartado 1.”

<sup>32</sup> <https://www.aepd.es/documento/listas-dpia-es-35-4.pdf>

de los datos biométricos, entre ellos los de la huella dactilar, entre las categorías especiales de datos previstas por el RGPD no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionada y, por lo tanto, conforme con el principio de minimización.

Por todos estos motivos, podemos concluir que habrá que analizar cada caso concreto y, en cualquier caso, dada la ambigüedad existente, sería aconsejable, atendiendo también a los principios de *accountability*<sup>33</sup> que rigen el RGPD, realizar a modo preventivo una evaluación de impacto en protección de datos siempre que se vaya a realizar implantar un sistema control horario de la jornada mediante huella dactilar o reconocimiento facial.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos avisa que la evaluación de impacto en protección de datos no es el único requisito obligatorio para que el tratamiento en cuestión sea conforme a la normativa en protección de datos. En este sentido, en el fundamento de derecho III de su procedimiento sancionador 50/2021 dice: “La evaluación de impacto en protección de datos es un paso necesario para el tratamiento de datos, no siendo el único exigible, es un presupuesto al que se debe añadir el resto de los requisitos legales para el tratamiento, base legitimadora y respeto de los principios fundamentales del tratamiento de datos previsto en el artículo 5 del RGPD.”

Este análisis será clave a la hora de entender el último criterio que tiene la Agencia Española de Protección de Datos -publicado en su guía de noviembre de 2023 sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos- sobre el uso de datos biométricos para el control del registro de la jornada y que posteriormente analizaremos. No obstante, antes de llegar a ese punto, es necesario conocer qué criterio ha venido siguiendo la Agencia Española de Protección de Datos en los últimos años.

Así, la Agencia Española de Protección de Datos en su guía publicada en mayo de 2021, sobre la protección de datos en las relaciones laborales, dentro del capítulo que habla sobre las categorías especiales de datos personales, hay un apartado que versa específicamente sobre los datos biométricos.

---

<sup>33</sup> El principio de *accountability* o responsabilidad proactiva se regula en el artículo 5.2 del RGPD y exige que los responsables del tratamiento de datos personales no solo cumplan con los principios y obligaciones del reglamento, sino que también sean capaces de demostrarlo. Esto implica tener evidencias documentadas de las medidas y procedimientos implementados para garantizar la protección de los datos personales.

En ese apartado, la Agencia Española de Protección de Datos explica que el RGPD no considera a todo tratamiento de datos biométricos como tratamiento de categorías especiales de datos. Su conclusión viene dada por el análisis conjunto de los artículos 4.14 y 9.1 del RGPD. Y así considera que, de la interpretación de ambos artículos se entiende que los datos biométricos sólo constituirían una categoría especial de datos en el caso de que se sometan a un tratamiento técnico, específico dirigido a identificar de manera unívoca a una persona física.

En este punto es donde la Agencia Española de Protección de Datos distingue entre: supuestos de identificación biométrica y supuestos de verificación o autenticación biométrica.

La diferencia entre ambos conceptos radica en que la identificación biométrica se refiere al proceso de reconocer a un individuo basado en sus características biológicas o de comportamiento, como huellas dactilares o patrones de voz. La autenticación biométrica, por otro lado, es el proceso de verificar la identidad de una persona comparándose los datos del individuo únicamente con los datos asociados a la identidad reclamada. La identificación puede ser contra una base de datos amplia (uno a varios), mientras que la autenticación suele ser un proceso uno a uno.

Realizado este análisis, la Agencia Española de Protección de Datos afirma en la citada guía: “Sin embargo, y con carácter general, los datos biométricos únicamente tienen la consideración de categoría especial de datos en los supuestos en que se sometan a tratamiento técnico dirigido a la identificación biométrica (uno-a-varios) y no en el caso de verificación/autenticación biométrica (uno-a-uno)”.

A renglón seguido, la Agencia Española de Protección de Datos recomienda: “En caso de que se traten datos biométricos, la Agencia Española de Protección de Datos recomienda optar por sistemas de verificación o autenticación biométrica, siendo aconsejable que los sistemas biométricos se basen en la lectura de los datos biométricos almacenados como plantillas cifradas en soportes que puedan ser conservados exclusivamente por las personas trabajadoras (por ejemplo, tarjetas inteligentes o dispositivos similares). Por ejemplo, en el caso del tratamiento de datos biométricos para el fichaje en el momento de acceso al edificio, se utilizarán por la persona trabajadora terminales en los que será necesario tanto la aproximación de la tarjeta como la lectura de la huella. Es decir, el lector generará el identificador numérico de la huella que habrá de corresponderse con el de la tarjeta, entendiéndose que se ha producido el acceso al puesto de trabajo como consecuencia de la coincidencia entre el identificador generado y el que consta en la huella.”

Por ello, podemos afirmar que, atendiendo a lo dispuesto en la Guía de la protección de datos en las relaciones laborales elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos, en caso de utilizar un sistema de control horario de la jornada por el que se traten datos biométricos utilizando técnicas de autenticación (uno-a-uno), no estaríamos ante datos de carácter especial y, en consecuencia, no será necesario acudir a una de las causas del artículo 9.2 del RGPD que levante la prohibición genérica para tratar categorías especiales de datos que establece el artículo 9.1 del RGPD. Por lo que, encontraríamos nuestra base legitimadora en el artículo 6.1.c) del RGPD en relación con el artículo 34.9 del ET.

En lo atinente a los sistemas de identificación biométrica (uno-a-varios), es decir, los que sí que se consideran categorías especiales de datos. Debemos buscar una de las causas del artículo 9.2 del RGPD que permita el tratamiento de dichos datos personales. Así, el apartado b) exceptúa de la prohibición general del tratamiento de datos biométricos de categorías especiales cuando: “el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado”

En este sentido, la obligación legal de la normativa laboral que nos habilita para tratar datos de identificación biométrica es el artículo 20.3 del ET el que habilita al empresario a adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes.

En definitiva, el criterio que venía manteniendo la Agencia Española de Protección de Datos era que sí estaba permitido el uso de este tipo de sistemas para control del registro de la jornada laboral, siempre y cuando cumplieran con el resto de requisitos y garantías del RGPD.

Muy recientemente, la Agencia Española de Protección de Datos ha modificado el criterio que venía manteniendo hasta la fecha y, la conclusión que podemos extraer de la guía que ha elaborado en noviembre de 2023 sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos<sup>34</sup>, es que, si bien no prohíbe de facto el uso de controles biométricos para el control de la jornada, sí

---

<sup>34</sup> <https://www.aepd.es/documento/guia-control-presencia-biometrico.pdf>

hace muy difícil su utilización. Por ello, aquellas entidades que tengan implantados estos sistemas deberían sustituirlos por otros menos invasivos, ya que, de lo contrario, como a la postre veremos, estarían realizando un tratamiento de datos de carácter especial sin contar con ninguna de las excepciones reguladas en el apartado 2 del artículo 9 del RGPD, excepciones que, recordemos, habilitan el tratamiento de los citados datos de carácter especial.

El primer punto a reseñar es que la Agencia Española de Protección de Datos modifica su criterio en este guía respecto de los conceptos de identificación y autenticación establecidos en la guía, que hemos analizado en los párrafos precedentes, sobre de relaciones laborales y protección de datos. Recordemos que el criterio que venía manteniendo la Agencia Española de Protección de Datos era que la autenticación (uno-a-uno) no conllevaba un tratamiento de categorías especiales de datos.

El nuevo criterio de la Agencia Española de Protección de Datos, siguiendo la línea establecida por el Comité Europeo de Protección de Datos en sus Directrices 05/2022<sup>35</sup>, entiende que tanto los tratamientos de identificación como los de autenticación, suponen un tratamiento de categorías especiales de datos y, en consecuencia, en ambos casos será necesario buscar una de las causas del artículo 9.2 del RGPD que levanten la prohibición genérica de tratar los datos de carácter especial tasados en el apartado uno del citado artículo.

De entre las causas que podrían levantar la mencionada prohibición, la Agencia Española de Protección de Datos considera que sólo podrían ser de aplicación las siguientes:

La dispuesta en el artículo 9.2.a) del RGPD: El consentimiento explícito del interesado.

La dispuesta en el artículo 9.2.b) del RGPD: Existencia de una norma de rango legal que obligue a la empresa a tratar esos datos.

Uno de los requisitos principales del consentimiento es que este sea libre, por ello, la Agencia Española de Protección de Datos considera que para que se de este requisito y que el empleador pueda legitimar el tratamiento de datos biométricos de sus empleados para el registro horario de la jornada, basándose en el consentimiento de estos, es necesario que facilite una alternativa a este sis-

---

<sup>35</sup> [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052022-use-facial-recognition-technology-area\\_es](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052022-use-facial-recognition-technology-area_es)

tema como, por ejemplo, además del fichaje por huella dactilar, facilitar el fichaje mediante tarjeta.

En este sentido se pronuncia la Agencia Española de Protección de Datos en la mencada guía “En el caso del registro de jornada, como el interesado tiene la obligación de registrar su jornada, únicamente podría considerarse la existencia de un consentimiento libre a un tratamiento adicional de datos, en este caso biométricos, si el interesado dispone de una alternativa de libre elección para cumplir con dicha obligación.”

No obstante, la Agencia Española de Protección de Datos -como ya hemos comentado y analizado en este trabajo- considera que es difícil que en la relación empleado-empleador el consentimiento prestado por las personas trabajadoras sea libre. Esto se debe a la existencia de un desequilibrio entre las partes, pues el empleado puede verse perjudicado en caso de no elegir los datos biométricos como medida de registro de jornada, por lo que el consentimiento podría estar viciado.

Ahora bien, la Agencia Española de Protección de Datos entiende que si se ofrece una opción que implica un método de control de registro de jornada equivalente, que resulta menos intrusivo al tratamiento adicional que suponen los datos biométricos, el tratamiento de datos biométricos deja de ser necesario y, por ende, no estaría cumpliendo con el principio de minimización de datos del artículo 5.1.c del RGPD.

Respecto a la otra razón que podría justificar el tratamiento de datos biométricos mencionado, especificada en el artículo 9.2.b) del RGPD, la Agencia Española de Protección de Datos ha llegado a una deducción parecida, aunque con ciertas particularidades o excepciones.

El artículo 9.2.b) del RGPD permiten el tratamiento de datos biométricos para el control de presencia, siempre y cuando exista una norma de rango legal que obligue al empleador a tratar esos datos.

En España, el Real Decreto-ley 8/2019, del 8 de marzo, que trata sobre medidas urgentes para la protección social y la lucha contra la inestabilidad laboral en la duración de la jornada de trabajo, requiere que las empresas mantengan un registro diario de las horas trabajadas por sus empleados. Sin embargo, esta normativa no especifica que sea necesario utilizar datos biométricos para tal registro. Por lo tanto, tanto el artículo 20.3 como el 34.9 del Estatuto de los Trabajadores no imponen la necesidad de usar datos biométricos para llevar a cabo el control de la jornada laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos recuerda que para aplicar el artículo 9.2.b) del RGPD es preciso respetar el principio de proporcionalidad, lo que exige que el tratamiento en cuestión, además de necesario debe resultar idóneo para la finalidad prevista, así como proporcionado en sentido estricto.

Así pues, según indica la Agencia Española de Protección de Datos, la aplicación de datos biométricos para llevar a cabo el registro horario de la jornada está condicionada por la existencia de una legislación específica y el cumplimiento de las excepciones permitidas bajo el RGPD. En otras palabras, la Agencia hace referencia a una normativa que, en realidad, aún no ha sido establecida en España. Principio del formulario

En conclusión, si bien la Agencia Española de Protección de Datos no prohíbe de manera taxativa el uso de controles de presencia que utilicen datos biométricos, sí hace muy difícil su utilización.

## OTRAS CUESTIONES RELEVANTES

Como se ha explicado en la introducción de este trabajo, dado que es muy amplio el espectro de situaciones que vinculan a la normativa de protección de datos con las relaciones laborales, el objetivo del mismo era analizar situaciones muy concretas.

No obstante, hay otras situaciones muy interesantes y que generan gran controversia. En este sentido, no quiero finalizar este trabajo, sin hablar, aunque sea de manera muy somera, sobre cómo afecta a la protección de datos personales de los trabajadores la obligación de las empresas de llevar un registro salarial conforme a lo establecido en el ET y en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres y cómo ello afecta a los datos personales de los empleados. Tampoco me quiero olvidar de cómo incide sobre los datos personales de los empleados, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Empezando por el registro salarial, el ET, en su artículo 28.2 establece: “El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.”

Este artículo hay que ponerlo directamente en relación con el citado RD 902/2020, cuya finalidad es establecer medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. En el RD 902/2020 rige el principio de transparencia retributiva, recogido en el artículo 3, entendido como aquel que: “aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución.”

Así el artículo 5.2 del citado RD 902/2020, establece: “A tales efectos, deberán establecerse en el registro retributivo de cada empresa, convenientemente desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable”

En suma, un registro salarial consiste en desglosar por sexo las medias y medianas salariales de cada puesto de trabajo o grupo profesional. En aquellos puestos de trabajo o grupos profesionales en los que, por cada sexo, hay más de una persona, no habría ningún problema, ya que no se podría conocer el salario nominativo de cada trabajador. El problema se plantea cuando hay puestos de trabajo o grupos profesionales en los que sólo hay un trabajador de un sexo o un trabajador de cada sexo, puesto que, en estos, sí que podríamos deducir el salario -dato personal- de esos trabajadores en concreto. Téngase en cuenta que, tal y como establece el RD 902/202 en su artículo 5.3, los representantes legales de los trabajadores podrán tener acceso integral al registro salarial.

Este hecho supone una clara colisión entre el derecho fundamental a la protección de datos personales del trabajador y el derecho de igualdad recogido en el artículo 14 de la CE y que, en este caso, se encuentra incluido a través del principio de igualdad retributiva.

Esta confrontación de derechos ha sido resultado por la Audiencia Nacional, en su sentencia 23/2023, de 23 de febrero de 2023. En resumen, la sentencia aclara que es obligatorio incluir los datos salariales de todos los empleados en el registro retributivo, aunque sólo haya una persona ocupando un puesto de trabajo. Según la Audiencia Nacional, no se vulnera la normativa de protección de datos ya que existe una finalidad y una base que legitima el tratamiento de datos, esta es, una obligación legal que debe cumplir el empresario por mandato del art 28.2 del ET.

La Audiencia Nacional concluye en el Fundamento Jurídico Quinto de la citada sentencia: “Existiendo una finalidad legítima cual es la garantizar la aplicación en el seno de la empresa del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y evitar que se produzca cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo ( art. 8 TFUE y 14 CE) , ante la que debe decaer el derecho individual del titular de los datos, existiendo por otro lado, una obligación por parte de la representación legal de los trabajadores de guardar sigilo respecto de los datos proporcionados ( art. 65 E.T).”

La última cuestión que comentaremos, muy de soslayo, será la influencia de la normativa en protección de datos en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

Se trata de una normativa muy reciente aquí en España, tanto es así que, es de directa aplicación para empresas que tienen cincuenta o más trabajadores en plantilla desde el 1 de diciembre de 2023, por lo que, a fecha de redacción de este trabajo, hay todavía poca información sobre las posibles confrontaciones que puede suponer con la normativa de protección de datos. Únicamente remarcar que la citada Ley, recoge un título específico sobre protección de datos: el Título VI.

Se trata de una normativa que, a buen seguro, nos dará para artículos ulteriores.

## CONCLUSIONES

Es un hecho palmario que la tecnología está cada vez más presente en la sociedad y, por supuesto, en el entorno empresarial. Esta tecnología que ayuda a que los empresarios controlen que los trabajadores desempeñan correctamente su trabajo, debe tener unos límites y así lo estipula tanto la normativa de protección de datos como la jurisprudencia.

Esta coyuntura obliga a que las empresas se enfrenten a desafíos significativos para adaptarse a estas regulaciones y, por ello, es fundamental promover en el seno de estas, una cultura de protección de datos y de realizar formaciones continuas para los empleados.

Como hemos visto, los sistemas de monitorización a los trabajadores son cada vez más exhaustivos e invasivos en la privacidad de estos y, ello supone que, las autoridades de control y nuestros tribunales tengan que interpretar constantemente la normativa y adaptarla a los cambios tecnológicos, siendo de suma importancia realizar el triple juicio de proporcionalidad.

Con base en el contenido del trabajo, se pueden derivar las siguientes conclusiones acerca de cómo la normativa de protección de datos afecta las relaciones laborales en España:

### **Importancia de la Protección de Datos en el Ámbito Laboral:**

La protección de datos personales se ha convertido en un aspecto esencial en las relaciones laborales. La gestión de datos personales de los trabajadores por parte del empleador debe realizarse bajo estrictos criterios de licitud, lealtad y transparencia, asegurando el respeto a la intimidad y a los derechos fundamentales de los trabajadores.

### **Limitaciones y Facultades del Empleador:**

Aunque el empleador tiene facultades de control y dirección, estas están limitadas por la normativa de protección de datos. Medidas como la videovigilancia o la geolocalización deben cumplir con criterios de proporcionalidad, minimización de datos y transparencia, respetando siempre los derechos de los trabajadores y, especialmente, la privacidad y protección de datos de los trabajadores, equilibrando los derechos de estos con los intereses legítimos del empleador.

### **Deber de Información y Transparencia:**

El empleador debe informar de manera explícita y accesible sobre el tratamiento de datos personales, incluyendo finalidades, bases legitimadoras y derechos de los trabajadores en relación a sus datos. Esto se aplica a sistemas de control laboral como la videovigilancia, la geolocalización y el registro de la jornada laboral.

### **Evaluación de Proporcionalidad y Necesidad:**

Cualquier medida de control laboral que implique tratamiento de datos personales debe someterse a una evaluación de su proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Esto incluye la valoración de si la medida es la menos intrusiva posible para alcanzar el fin legítimo perseguido.

### **Registro de Jornada Laboral y Protección de Datos:**

La obligación legal de registrar la jornada laboral debe conciliarse con la protección de datos personales, eligiendo métodos que respeten la privacidad del trabajador y que cumplan con los principios de minimización y proporcionalidad.

### **Reto de la Protección de Datos en Nuevas Normativas:**

La implementación de nuevas regulaciones, como la Ley de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas, plantea desafíos en

cuanto a la protección de datos personales, exigiendo un análisis cuidadoso para garantizar la compatibilidad con la normativa de protección de datos.

En resumen, la normativa de protección de datos personales tiene un impacto significativo en las relaciones laborales en España, imponiendo obligaciones al empleador en cuanto al tratamiento de datos personales de sus trabajadores. Esto incluye la necesidad de justificar legalmente dicho tratamiento, respetar la privacidad y los derechos de los trabajadores, y asegurar la transparencia y proporcionalidad en todas las medidas de control laboral que impliquen el uso de datos personales.

**PREMIO DE DERECHO PÚBLICO  
“GASCÓN Y MARÍN”**



# LA FAMILIA SEGÚN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA EN EL DELITO DE INASISTENCIA ALIMENTARIA\*

Alina Cardona Cardozo\*\*

## Resumen

El presente trabajo pretende deducir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Colombia cuál es la noción de bien jurídico penal que utiliza como categoría conceptual e identificar la recepción y la caracterización que se hace de la familia en el delito de inasistencia alimentaria entre los años 2001 a la fecha, verificando, a su vez, si lo anterior se compadece con la concepción amplia de familia consagrada en la Carta Política colombiana.

Para ello se realizó un rastreo de las sentencias de casación de la Sala de Casación Penal de la CSJ colombiana entre 2001 (año en el que empieza a regir la Ley 599 de 2000) y 2023 en el sistema de consulta de jurisprudencia de la relatoría de dicha corte y en el motor de búsqueda de Vlex<sup>1</sup>, identificando cuáles tipologías de familia se recogen y finalmente formular una valoración crítica a partir de la concepción de bien jurídico asumida en esta investigación.

---

<sup>1</sup> \*Este artículo es producto del proyecto de investigación “Recepción de los nuevos modelos (tipologías) familiares en la jurisprudencia, en la ley y en la doctrina colombianas a partir de la Constitución de 1991.”, dirigido por el doctor Carlos Julio Arango Benjumea con financiación interna de la Universidad EAFIT en Medellín, Colombia.

\*\*Abogada colombiana de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia (2019). Especialista y Magíster en Derecho Penal, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia (2021). Correo electrónico: [coacardo61@eafit.edu.co](mailto:coacardo61@eafit.edu.co). Celular 3218529081. Fecha de nacimiento 13 de septiembre de 1996, lugar de residencia en la calle 42 N° 63-107, barrio conquistadores de la ciudad de Medellín, Colombia.

La primera etapa consistió en rastrear en la relatoría de la CSJ todas las sentencias que contuviera el término inasistencia alimentaria con los filtros de “Sala de Casación penal”, “sentencias” y “casación”. En el motor Vlex se utilizaron dos términos en conjunto: “inasistencia alimentaria” y “bien jurídico” en virtud de que la mayoría de las sentencias no hacían referencia al tema objeto de investigación. La segunda etapa fue la lectura de 90 sentencias, de las cuales se seleccionaron 11. Las razones principales para descartarlas se debían a que la CSJ se enfocaba en asuntos procesales o el buscador filtró autos o sentencias que no eran de casación.

La interdisciplinariedad del trabajo permite evidenciar qué similitudes y qué diferencias se dan en la concepción de la familia y sus modelos o tipologías en el Derecho penal y en el Derecho de familia; para también determinar si la CSJ Colombiana ha optado por mantener un modelo tradicional de familia o si, por el contrario, ha reconocido otras tipologías.

## Introducción

A partir de la Constitución Política Colombiana de 1991, el modelo de familia reconocido en la normatividad vigente sufrió cambios trascendentales. Emergieron diferentes tipologías de familia que merecían el mismo reconocimiento jurídico otorgado al modelo tradicional conformado por el padre, la madre y los hijos.

Por lo tanto, la jurisprudencia ha venido adaptándose a un modelo de familia más amplio, lo que dio lugar a la recepción de otras tipologías, que a pesar de que han sido validadas en otros ordenamientos jurídicos, su reconocimiento jurídico en Colombia ha sido un proceso lento.

El Derecho de familia y el Derecho penal son dos ramas jurídicas muy importantes ya que involucran aspectos íntimos de la persona; el Derecho de familia regula la familia, institución clave para el desarrollo integral del individuo y el Derecho penal dispone de las sanciones jurídicas más severas, como la privación de la libertad en la forma de la pena de prisión.

La legislación penal contempla conductas que atentan contra el entorno familiar y que por su gravedad son tipificadas como delitos, por ello es importante esa articulación entre las normas del Derecho penal y del Derecho de familia. Los Códigos penales contienen una gama de disposiciones que se refieren a la familia, por consiguiente, esa relación del Derecho de familia con el Derecho penal entraña la formación de un binomio que regula las conductas de la familia, con trascendencia al ámbito del derecho punible (Álvarez Torres, 2018, p. 247).

Álvarez Torres (2018) argumenta que en la actualidad se pone en duda la eficacia del Derecho penal para la solución de los conflictos sociales, cuestionando la idoneidad de este instrumento para mitigar los diferendos que se presentan, por ejemplo, en el ámbito familiar. Sin embargo, según el autor, resulta incuestionable que las relaciones familiares de mayor relevancia merecen ser tuteladas por las máximas instancias del control social, por lo que alcanzan la categoría de bien jurídico penal (p. 251).

Se hace necesario, entonces, acoger varios conceptos centrales del Derecho penal y del Derecho de familia como fundamentos teóricos que apoyan el presente artículo.

Para tal efecto, comenzaré con la doctrina especializada. Ferrajoli (2001), en su obra *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, propende por un derecho penal mínimo, el cual cuenta con dos fines: la prevención de los castigos injustos y la prevención de los delitos (pp. 331-334). Prieto Sanchís (2011), habla del garantismo como una vertiente de la filosofía del Derecho penal que formula una doctrina ético-política para asegurar su legitimidad (p. 47).

Se puede afirmar que el modelo constitucional colombiano da cabida a una fundamentación garantista del Derecho penal en virtud de que en su Carta Política se consagra que Colombia es un Estado Social de Derecho basado en el respeto de la dignidad humana (art. 1); y se establecen como fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, además de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades a través de las autoridades de la República (art. 2); y se propende por las garantías del debido proceso y el principio de legalidad (art. 29) (Constitución Política de Colombia, 1991).

La pena constituye un mal, por lo que se necesitan razones que justifiquen aplicarla. Si se afirma entonces que Colombia adopta un modelo garantista del Derecho penal<sup>2</sup>, se puede admitir que este ha de cumplir al menos dos finalidades: la preventión de los castigos arbitrarios y desproporcionados y la prevención de los delitos por medio de la protección de los bienes jurídicos con la amenaza de la pena.

Al enfocarse en ese último fin, uno de los límites constitucionales que tiene el Derecho penal es el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por ello cobra relevancia la delimitación de las funciones y el concepto de bien jurídico penal, aspectos a los que paso a referirme a continuación.

---

<sup>2</sup> La Corte Constitucional Colombiana también se ha pronunciado sobre este modelo garantista. En sentencia C-091/17, M.P. María Victoria Calle Correa, se señala que el principio de estricta legalidad es el centro de un sistema de derecho penal garantista. De igual forma, en los salvamentos de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva sobre la sentencia SU074/14, M.P. Mauricio González Cuervo, se destaca “el valor de la presunción de inocencia en un estado constitucional armónico con un derecho penal liberal y de corte garantista”. Y, en el salvamento parcial de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos a la sentencia C-181/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, se señalan los principios de lesividad y culpabilidad como “soportes sobre los cuales se edifica un derecho penal garantista y democrático”.

## Bien jurídico

Fernández Domínguez (2004) sostiene que la teoría del bien jurídico es un instrumento garantista y el uso adecuado de ella configura una herramienta de primera importancia para un modelo de derecho penal mínimo (p. 290). Este autor desarrolla en su libro *Bien jurídico y sistema del delito*, cuatro funciones del bien jurídico:

1. Una función crítica o de garantía, es decir, una función político-criminal, tendiente a limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Un análisis sobre qué es lo que se protege por medio de la pena pública y por qué se le protege penalmente, lo cual da lugar a una amplia revisión crítica sobre la efectiva necesidad e idoneidad de la intervención penal (2004, pp. 7-8). Esto lleva a determinar si detrás de una nueva incriminación proyectada existe realmente un bien jurídico relevante, merecedor de protección penal (p. 293). Para Bustos y Hormazábal (1997, p. 61), esta función somete los bienes jurídicos a una constante revisión para descriminalizar conductas que en relación con lo protegido no aparecen como merecedoras de protección.
2. Una función de legitimación material de la norma, la cual necesita ser justificada razonablemente en el contexto de un Estado democrático de derecho. Esa legitimación se obtendría cuando hay una auténtica necesidad de intervenir en la tutela de un bien jurídico por medio de la conminación penal, en ausencia de otros mecanismos alternativos de tutela (Fernández Domínguez, 2004, p.8).
3. Una función teleológica o dogmática en el derecho penal, en cuanto ha de ser empleado como criterio de interpretación de los tipos penales. Es decir, permite delimitar la materia de la prohibición, conforme a la finalidad y sentido teleológico de la ley (Fernández Domínguez, 2004, p.8).
4. Una función sistemática, la cual sirve como elemento de aglutinación, clasificación y jerarquización de los diferentes tipos delictivos (Fernández Domínguez, 2004, p.9).

Ahora bien, el concepto de bien jurídico ha sido muy discutido y por ello se hace necesario dar cuenta de algunas de las concepciones que sobre el mismo ha planteado la doctrina.

Velásquez (2002) explica que el principio de protección de bienes jurídicos se deriva del artículo 11 del Código Penal (en adelante CP), el cual establece que, para ser punible, una conducta típica requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (2002, pp. 52-53).

A su vez, Díez Ripollés (1997) expone que el concepto de bien jurídico se ha configurado en los últimos tiempos como un instrumento técnico-jurídico pionero en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social (p. 17).

Por su parte, Ferrajoli (2001) explica que, históricamente, la mayoría de las definiciones de bien jurídico han sido o muy amplias o estrechas; para él no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de dicha noción. Lo importante es tener claro que la categoría de bien jurídico debe servir como límite o garantía. Su función consiste en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria (pero nunca suficiente) para justificar su prohibición y punición como delito (p. 471).

Desde otra perspectiva, Seher (2016) explica que la concepción habitual de bien jurídico parte de la idea de que es algo determinado, y, si esa idea es correcta, la legitimación de normas penales debería establecerse en función de proteger ese algo. Pero él considera que debe procederse al revés: una vez se propone la protección penal de un determinado hecho (un interés, un recurso, un valor), debe mostrarse a partir de principios que ese hecho merece tal protección. Es decir, el concepto de bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas, sino que es producto de esos principios (2016, p. 92).

El profesor colombiano Cadavid Quintero en su libro *Introducción a la teoría del delito*, explica las diferentes concepciones que gozan de aceptación doctrinal como criterios para la determinación positiva del contenido del bien jurídico: en cuanto interés, satisfacción de necesidades, posibilidades de participación en los sistemas sociales, condición de funcionamiento de los sistemas sociales y, por último, la concepción personalista.

***El bien jurídico como interés:*** Von Liszt sostiene que los bienes jurídicos son intereses protegidos por el derecho. Emilio Octavio de Toledo comparte dicha acepción e incluso señala que existen los bienes jurídicos de carácter social y titularidad colectiva que subyacen a muchas de las tareas asistenciales y reequilibradoras que el Estado está obligado a realizar; los derechos individuales; la práctica adecuada y eficiente de las actividades administrativas, judicial e incluso algunos sectores de la actividad parlamentaria (como se citó en Cadavid Quintero, 1998, pp.120-121).

Para Von Liszt, el bien jurídico no es algo creado por la norma. El autor argumenta que “el bien jurídico corresponde a una realidad previa al derecho que

recibe de éste un reconocimiento que lo eleva desde la categoría de interés a la de bien jurídico” (como se citó en Szczaranski Vargas, 2012, p. 387).

***El bien jurídico como satisfacción de necesidades:*** Juan María Terradillos Basoco defiende que el objeto de protección penal son las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales, explicando que la conminación penal solo debe dirigirse a las conductas que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y en los de distribución igualitaria de la riqueza producida (como se citó en Cadavid Quintero, 1998, p. 121).

***El bien jurídico como posibilidades de participación en los sistemas sociales:*** José Manuel Gómez Benítez propone la construcción de un concepto de bien jurídico a partir de la idea de dañosidad social, la cual se manifiesta en la afectación de las posibilidades de participación en los sistemas sociales (como se citó en Cadavid Quintero, 1998, pp.123- 124).

***El bien jurídico como condición de funcionamiento de los sistemas sociales:*** Mir Puig sostiene esta concepción explicando que los bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero dichas condiciones deben traducirse en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social (como se citó en Cadavid Quintero, 1998, pp.125- 126).

Asimismo, Cadavid Quintero (1998) incluye en esta categoría a Bustos Ramírez, quien ha sido uno de los teóricos más importantes del bien jurídico (p. 127).

Para Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (1997), los bienes jurídicos tienen un carácter dinámico ya que el rumbo de la sociedad va determinando qué es lo valioso. El autor expone que existen los bienes jurídicos personales, los cuales son la base del sistema, tales como la libertad y la vida (sus afecciones solo pueden ser puntuales y de carácter estrictamente personal); y los bienes jurídicos funcionales que son importantes para que el sistema funcione, estos últimos se dividen en tres categorías: colectivos que protegen condiciones materiales que posibilitan los bienes básicos; institucionales que garantizan los bienes básicos; y, por último, los bienes de control que son necesarios para asegurar el aparato estatal<sup>3</sup> (pp. 57-63).

---

<sup>3</sup> Los bienes jurídicos colectivos hacen referencia a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, relacionados a la participación de todos en el proceso económico-social (Ej.

**Concepción personalista del bien jurídico:** Se destaca la necesaria remisión de aquello que ha de constituir materia de protección por el sistema penal a las necesidades individuales. Hassemer defiende la postura de que los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los individuales y que igualmente apuntan a la satisfacción de necesidades sociales (como se citó en Cadavid Quintero, 1998, p. 129).

Se alude también a la concepción de Jakobs al ser otra corriente de pensamiento que ha logrado despertar mucho interés en importantes sectores de la doctrina hispana (Cadavid Quintero, 1998, p.142). Por su parte, Szczaranski Vargas (2012) hace un recorrido de la evolución del concepto del bien jurídico y en el segundo acápite de su escrito señala la tesis del jurista alemán Günther Jakobs, que entiende que el bien jurídico se corresponde con el objeto de protección de la norma (p. 386). Es decir, lo que se debe proteger es el mensaje de la norma, y con ello se estarían protegiendo los bienes jurídicos.

Por último y desde otra perspectiva, Roxin (2016) define los bienes jurídicos como “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin” (p. 448). Explica también, que dicho concepto incluye bienes jurídicos individuales y de la comunidad, pero estos últimos solo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual, por ejemplo, la administración de justicia es necesaria para el libre desarrollo del sujeto en sociedad (Roxin, 2016, p. 448).

Teniendo en cuenta las diferentes posturas de bien jurídico expuestas, es fundamental asumir una posición al respecto. Este artículo, se desarrolla entendiendo el bien jurídico como las posibilidades de participación del sujeto en los sistemas sociales, es decir, un conjunto de condiciones que le permitan al individuo interactuar en el sistema social, que le garanticen su participación en sociedad y le aseguren su libre desarrollo. Así lo entiende Cadavid Quintero (1998), sosteniendo que “esas condiciones de participación han de mirar a la persona como individuo y como miembro de todo el colectivo social” (p. 134) y que el desvalor de resultado, en cuanto lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, consiste en

---

delitos contra el medio ambiente); los bienes jurídicos institucionales están referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema (Ej. delitos contra la administración de justicia); y, los bienes jurídicos de control están referidos a la organización del aparato estatal para que éste pueda cumplir sus funciones (Ej. delitos contra la autoridad) (Bustos Ramírez, 2019, pp.474-475).

la perturbación de una relación social entre un individuo y lo que constituye las condiciones de su realización vital; y no en la afectación de un objeto sensible (Cadavid Quintero, 1998, p. 135).

Ahora bien, más allá del concepto de bien jurídico que se adopte, Prieto Sanchís (2003) explica que entre todas las definiciones del bien jurídico conviene diferenciar entre dos actitudes metódicas que en la práctica a veces no aparecen bien delimitadas (p. 62):

**Un punto de vista extrasistemático o ético-político** que implica un juicio crítico de las opciones jurídico-positivas desde la perspectiva de unos postulados morales o externos al Derecho mismo (Prieto Sanchís, 2011, p.119). Se trata de una actitud externa, crítica o normativa a propósito de lo que cada cual entiende debe ser el universo de bienes jurídicos penalmente relevantes (Prieto Sanchís, 2003, p.62).

**Un punto de vista más dogmático o descriptivo (intrasistemático)** que pretende inferir del Código Penal un concepto abstracto de bien jurídico a partir de los diferentes bienes que es posible observar tras los tipos penales, todo ello con un propósito sistemático que a veces tiene efectos legitimadores por cuanto los bienes jurídicos son deducidos de la propia decisión legislativa para más tarde operar como justificaciones de la misma (Prieto Sanchís, 2011, p.119).

Según el autor en cuestión la segunda perspectiva tiende a ser muy abstracta e imprecisa teniendo en cuenta también la ampliación de fronteras del Derecho penal. Explica que el garantismo adopta la primera perspectiva porque la teoría del bien jurídico supone un discurso externo y crítico que solo resulta fructífero si se entiende como una reflexión acerca de lo que puede ser objeto de tutela penal y lo que no (Prieto Sanchís, 2011, pp.119-120).

Para el doctrinante no hay una guía exacta para determinar cuáles han de ser los bienes jurídicos que deben quedar comprendidos en la esfera penal. Decidir qué bienes reclaman tutela penal no depende en realidad del bien jurídico sino del juicio de ponderación teniendo en cuenta, entre otros, que: la pena prevista sea medio idóneo para proteger el bien frente a una cierta conducta lesiva, dicha conducta presente una ofensividad concreta y relevante, y que no exista forma menos gravosa de lograrlo (Prieto Sanchís, 2003, p.72).

Se podría afirmar que estas dos actitudes metódicas -extrasistemática e intra-sistemática- corresponden también con la distinción que Bustos Ramírez (1984) hace entre concepciones trascendentalistas e inmanentistas del bien jurídico, respectivamente:

Las primeras colocan el bien jurídico más allá del sistema jurídico positivo, en cambio las segundas lo sitúan dentro del sistema jurídico, en la norma. Estas últimas, implican que cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico, y no hay posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho o del Estado.

Para Bustos Ramírez las posiciones inmanentistas vacían completamente de contenido y función al bien jurídico, con lo cual éste pasa a ser un concepto inútil. Por lo tanto, la ruta para determinar lo que es el bien jurídico ha sido marcada por aquellas direcciones trascendentalistas que han hecho girar el bien jurídico en torno a la persona humana como ente social (p. 52-62).

También Ferrajoli (2012) distingue entre dos concepciones del bien jurídico: la primera como bien empíricamente determinado, externo al derecho mismo, y una concepción que en cambio identifica al bien jurídico con el mismo orden jurídico y social.

Considera que para quien adopte una doctrina de justificación de tipo liberal democrático, los bienes que merecen protección penal se formulan asumiendo el punto de vista externo al Derecho, la cual se manifiesta como una garantía penal de la persona y por tanto como un límite; en cambio, para quien adopte una doctrina de justificación de tipo autoritario, los bienes jurídicos que merecen protección penal serán los formulados desde un punto de vista interno al sistema jurídico, lo que conlleva que para la tutela de éstos se justificará todo tipo de expansión del Derecho Penal (p. 105- 107).

## **La familia y sus tipologías**

Ahora bien, es importante señalar qué se entiende por familia a la luz del Derecho y las Ciencias Sociales.

Parra Benítez (2019) explica que en Colombia no existe una definición legal general de la familia pero que, interpretando algunas disposiciones legales (Código Civil, Ley 70 de 1931, Ley 7 de 1979, Ley 294 de 1996 y Ley 1361 de 2009), se puede inferir que el concepto del legislador colombiano sobre la familia se apoya en dos elementos: las fuentes constituidas por el matrimonio, la unión marital de hecho y la filiación; y la participación e integración en el grupo que sirva para identificar una unidad doméstica (pp. 14-15).

Añade el autor referido que el concepto de familia, según la jurisprudencia constitucional colombiana, no queda sometido a una interpretación limitada del artículo 42 de la Carta Política. Por lo tanto, este concepto no implica hablar de

la existencia de una pareja o que sus miembros sean de diferente sexo, ya que la familia se funda no solo en lazos biológicos sino principalmente en la solidaridad, valor respaldado por la Constitución (Parra Benítez, 2019, p. 30).

De igual forma, Montoya Osorio y Montoya Pérez (2013) exponen que el término de familia es polisémico; tiene diferentes significados en el derecho y en las disciplinas que lo toman como referente de estudio. En el ordenamiento jurídico colombiano no hay un concepto unívoco y omnicomprensivo de la institución familia. Conforme a los autores aludidos, para efectos jurídicos, la familia es el “conjunto de personas individuales, mínimo dos, que se organizan en las relaciones jurídicas del matrimonio, de la convivencia de personas de igual o diferente sexo, de la filiación, del parentesco o de otra circunstancia específica consagrada en el ordenamiento jurídico” (pp. 27-32).

Las Ciencias Sociales también son fundamentales para entender la definición de familia. En el *Diccionario Especializado en Familia y Género* se define a la familia como el grupo de convivencia basado en el parentesco, la filiación y la alianza. Es el espacio para la socialización de la persona, el desarrollo del afecto y es el primer agente transmisor de normas y valores, donde se focalizan las acciones de las demás instituciones (Quintero Velásquez, 2007, p. 60).

En el mencionado diccionario se encuentra la definición de las diferentes tipologías de familia<sup>4</sup>, algunas consideradas tradicionales y otras como de nuevo cuño<sup>5</sup>. A continuación, se enuncian cada una de ellas.

### Familias tradicionales:

**Familia nuclear:** conformada por hombre, mujer e hijos unidos por lazos de consanguinidad. Conviven bajo el mismo techo y desarrollan sentimiento de afecto e identificación. Es monógama: pareja estable e hijos.

**Familia extensa:** conformada por miembros de dos o más generaciones. Ej. abuela, madre e hija. Deben existir lazos de consanguinidad y afinidad hasta cuatro generaciones.

<sup>4</sup> Las tipologías familiares hacen referencia a la configuración externa de su sistema, la forma que adquiere por los miembros que la constituyen y el tipo de lazos que los unen según su composición y tamaño. Permite identificar a sus miembros de acuerdo con los lazos de filiación, parentesco, afinidad y afecto (Quintero Velásquez, 2007, p. 118).

<sup>5</sup> Las familias de *nuevo cuño* o *nuevo tipo* son nuevas conformaciones familiares establecidas como producto de transformaciones culturales, políticas y educativas (Quintero Velásquez, 2007, p. 61).

**Familia ampliada:** conformada por miembros consanguíneos y personas no pertenecientes a la familia o afines como amigos, vecinos, compadres, etc.

**Familia sin núcleo:** formada por grupos consanguíneos. Ej. abuela y nieto, tío y sobrinos. No hay padre y madre conviviendo en el grupo familiar.

#### **Familias de nuevo cuño<sup>6</sup>:**

**Familia ensamblada o simultánea:** unión de cónyuges, uno o ambos provienen de separaciones y divorcios anteriores, que traen hijos y tienen a su vez hijos. Conocida como *los tuyos*, *los míos*, *los nuestros* y *los de más allá*.

**Familia monoparental o uniparental:** compuesta por un solo parente o madre y sus hijos.

**Familia homoparental u homosexual:** relación estable entre dos personas del mismo sexo, que tienen hijos por relaciones anteriores o adopción o procreación asistida (Quintero Velásquez, 2007, p. 60- 68).

**Familia de crianza:** fundada en la solidaridad. Acoge a un miembro que no tiene relaciones de consanguinidad ni afinidad<sup>7</sup>.

Conviene señalar que a pesar de que las Ciencias Sociales y el Derecho convergen en muchos temas, hay otros en los que se distancian. Por ejemplo, para el derecho es claro que dos personas unidas por un vínculo matrimonial son familia (familia matrimonial), al igual que dos personas que deciden vivir en unión libre (familia marital o extramatrimonial). Sin embargo, para las Ciencias Sociales, la primera es denominada una diada conyugal y la segunda una diada marital<sup>8</sup>. Es

---

<sup>6</sup> Dichas tipologías de familia son precisamente las que trabajaron en el proyecto de investigación “*Recepción de los nuevos modelos (tipologías) familiares en la jurisprudencia (sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), en la ley y en la doctrina jurídica especializada colombianas a partir de la Constitución de 1991*” liderado por el profesor Carlos Julio Arango Benjumea, universidad EAFIT.

<sup>7</sup> Esta tipología familiar no está contemplada en el Diccionario Especializado en Familia y Género, pero sí es desarrollada por la jurisprudencia colombiana, por lo cual es agregada como familia de nuevo cuño.

<sup>8</sup> *Diada conyugal o diada marital* se refiere a la relación de pareja (independiente de la opción sexual) que se unen o se casan y que, por decisión conjunta o imposibilidad orgánica, no cumplen procesos procreativos y conviven sin hijos. Es un sistema relacional que comporta elementos estructurales, funcionales y vitales diferentes del sistema familiar (Quintero Velásquez, 2007, p. 46).

decir, los trata como hogares no familiares (formas de relacionamiento entre los sujetos, pero no son grupos familiares).

Desarrollado, en términos muy generales, el concepto de familia en la doctrina, es importante señalar qué dice la Carta Política y la ley colombiana sobre dicho concepto.

La Constitución Política de 1991 de Colombia reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y las formas de constituirse. Se impone el deber del Estado y la sociedad de garantizar la protección integral de la familia, el derecho de igualdad de sus miembros y todo el tema relacionado con la procreación y el derecho de la pareja a decidir libremente el número de hijos que desea tener (art. 42). Dicho reconocimiento se acompaña de otros apartados constitucionales referidos a la dignidad humana (art. 1), el derecho a la igualdad (art. 13), el derecho a la intimidad familiar (art. 15), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a no ser molestado en su persona o familia (art. 28), a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (art. 33), la protección especial otorgada a la mujer cabeza de familia (art. 43), el derecho fundamental de los niños a tener una familia (art. 44), la obligación de la familia en propender por la asistencia de las personas de la tercera edad (art. 46) y la tarea de la familia como una de las instituciones responsables de la educación (art. 67), y de la cual los padres tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores (art. 68) (Constitución Política de Colombia, 1991).

En el Código Civil colombiano no se encuentra una definición exacta de familia, la descripción más cercana se encuentra en el artículo 874 cuando habla de los derechos de uso y habitación estableciendo que:

La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. (Código Civil colombiano, 1873)

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia ha sido una institución encargada de garantizar la efectividad de esos derechos consagrados tanto constitucional como legalmente. Es así como le ha dado una interpretación amplia al artículo 42 de la Carta Política, otorgándole reconocimiento jurídico a diversas tipologías de familia diferentes a la matrimonial y marital. A modo de ejemplo, en la sentencia T-049 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, establece

que la familia puede existir en grupos que reemplacen a la de origen, como la llamada familia de crianza. También, en la sentencia T-163 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, considera que en las situaciones de madres solteras se constituye familia, no a partir de la estabilización de una pareja sino como consecuencia de la decisión personal o como consecuencia de un embarazo forzado (Parra Benítez, 2019, p.23-30), dando entrada a la familia monoparental.

Y como no mencionar la sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la cual se reconoce formalmente a la familia homosexual, dejando presente que en nuestro ordenamiento jurídico dicha familia conformada por parejas del mismo sexo cuenta con las mismas garantías y derechos que tiene la familia heterosexual (Corte Constitucional, 2011).

## **Caracterización de la familia**

Teniendo presente que uno de los objetivos de este trabajo pretende caracterizar la familia a través de las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, conviene recordar qué significa caracterizar:

El profesor Sánchez Upegui (2011) sostiene que la caracterización trata de un trabajo de indagación documental del pasado y del presente de un fenómeno, y que en lo posible debe estar libre de interpretaciones, ya que su finalidad es puramente descriptiva con fines de identificación, entre otros aspectos, de los componentes, acontecimientos (cronología e hitos), actores, procesos y contexto de una experiencia, un hecho o un proceso (p.189).

En un informe sobre la caracterización de la familia en Medellín realizada en el año 2002 por la Secretaría de Solidaridad del mismo municipio se explica que el proceso de caracterizar es “complejo y dispendioso”, el cual está enfocado en “describir, identificar, especificar, tipificar, ubicar y determinar las cualidades y condiciones que le son propias” lo que permite diferenciarlo de otros entes (Morales Mesa, Quiroz Trujillo & Ramírez Arboleda, 2002, p. 49).

Ahora bien, para dicha caracterización de la familia se va a recurrir a tres criterios que utilizan las Ciencias Sociales para el estudio de la familia: el evolutivo (formas en las cuales cambia a través del tiempo), el estructural (la organización de las relaciones) y el funcional (los roles en el grupo familiar), de los cuales se procederá a hacer un breve resumen de ellos:

El criterio evolutivo hace referencia al ciclo vital familiar. Quintero Velásquez (2007) explica que la familia debe cumplir ciertas metas y tareas específicas

para lograr adaptarse a los cambios de las diferentes etapas. Entre los estadios encontramos la formación de la pareja, la llegada de los hijos, el ingreso de los hijos a la escuela, la familia con hijos adolescentes, independencia de los hijos, la etapa del nido vacío y finalmente el período terminal de la familia (p. 34).

En estas etapas familiares se pueden presentar diferentes crisis las cuales tratan de eventos ligados al desarrollo del ciclo vital. Dicho término, como lo explican Morales Mesa, Quiroz Trujillo y Ramírez Arboleda (2002) hace referencia a demandas que se le presentan a la familia a partir de eventos relacionados con la disminución o aumento de sus integrantes o el crecimiento o desarrollo de estos. Se trata entonces de un proceso de reajuste que se vive en la estructura de la familia (p. 69).

En segundo lugar, el criterio estructural. Quintero Velásquez (2007) define la estructura familiar como la organización interna de las relaciones, los patrones y las reglas del grupo familiar (p. 57). Sus elementos constitutivos son: el parentesco, la edad, el sexo de los integrantes y el vínculo de la pareja. También se deben tener en cuenta factores como: la composición familiar, las funciones, los roles, la comunicación, el tamaño familiar y las reglas que se implementan en una familia. Lo anterior le da a cada una su sello propio.

Por último, el criterio funcional. Quintero Velásquez (2007) explica que parte de las funciones para entender a la familia como un sistema relacional son la comunicación, la cohesión, la adaptabilidad y la afectividad. No obstante, hay dos funciones fundamentales que son la socialización primaria de los miembros, en la cual se transmiten creencias, normas y valores; y la de brindar un soporte emocional a los individuos, que permita la construcción de vínculos emocionales y el desarrollo de cada miembro (p. 70).

Adicionalmente, el concepto hogar será importante a la hora de leer las sentencias seleccionadas. En el *Diccionario Especializado en Familia y Género* se utiliza la misma definición para los términos de hogar y unidad doméstica, comprendiéndolos como “Unión voluntaria de personas basada en el principio de residencia común; como estrategia de supervivencia, tienen una economía conjunta. Puede incluir vínculos sentimentales, de autoridad, de solidaridad, de poder, o presentar solo uno de ellos. Lo imprescindible es la relación económica” (Quintero Velásquez, 2007, pp. 75, 121).

## **El bien jurídico tutelado en los delitos consagrados en el Título VI del Código Penal colombiano según la doctrina**

Para el año 2001 entra a regir el Código Penal, que- en armonía con la Constitución Política de 1991- establece en su parte general que el Derecho penal tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana (art.1) y que para que una conducta sea punible requiere que sea típica, antijurídica y culpable (art. 9). Al hablar de la antijuricidad se refiere a que dicha conducta lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (art. 11). Más adelante, en la parte especial del Código, se encuentran en el Título VI los *delitos contra la familia*, entre los cuales está el de inasistencia alimentaria (art.233) (Código Penal Colombiano, 2000).

La jurisprudencia, por su parte, ha sostenido que la familia es el bien jurídico protegido en el delito de inasistencia alimentaria. Sin embargo, más adelante nos daremos cuenta de que esta noción no está tan clara.

En cuanto a la doctrina colombiana, no se encuentra mucha información al respecto.

Cisneros Trujillo sostiene que desde los puntos de vista jurídico y material, la expresión familia se utiliza en dos sentidos generales:

Un concepto de familia extenso que abarca a todos los parientes de una persona unidos por el vínculo de consanguinidad. El cual se ha ido ampliando aún más incluyendo vínculos civiles, incorporando también la filiación adoptiva y lazos civiles generados por la unión matrimonial.

Un concepto de familia restringido que se refiere al grupo de personas conformada por el padre, la madre y los hijos que viven en comunión de vida, convivencia o comunidad doméstica.

Concluye explicando que el ordenamiento jurídico colombiano se refiere a la familia aceptando ambas acepciones (Cisneros Trujillo, 2006, pp. 215-216).

Luzón Peña explica que los bienes jurídicos personales son legítimamente defendibles, siempre que la agresión constituya una forma de ataque penalmente tipificada, como ocurre en el caso de los derechos familiares (con tal de que no sean meras pretensiones o expectativas) (Luzón Peña, 1996, p.595). Por lo que se puede inferir que dicho autor también reconoce a la familia como bien jurídico.

En cuanto a la doctrina española, se encuentran varios autores que comentan cuál es el bien jurídico tutelado en los tipos penales consagrados en el título XII delitos contra las relaciones familiares del Código Penal Español.

Para Muñoz Conde (2017) la razón de incriminación de los delitos contra los derechos y deberes familiares se basa más en el derecho a la seguridad material que se deriva de esas relaciones familiares (p.311). Explica que:

Tradicionalmente, el cumplimiento de los deberes familiares era una cuestión jurídico-privada, marginal al Derecho Penal. Sin embargo, tal concepción fue cambiando con la aparición de nuevas tendencias e ideologías. Las nuevas concepciones sobre la familia, como núcleo natural y básico de la sociedad y del Derecho de Familia, motivaron la introducción en los Códigos penales de nuevas figuras de delitos relacionados con este ámbito (Muñoz Conde, 2017, p. 297).

Esa tendencia se vio reflejada en países como España y Colombia y, en ambos códigos penales se pretende reagrupar los delitos que inciden en el ámbito familiar con la creación de un título referenciado con la familia.

En principio se afirmaría que en estos delitos lo que se trata de proteger es la familia, sin embargo, el autor considera que a pesar de que la familia sea un ámbito en el que surgen determinadas relaciones jurídicas que deben ser objeto de protección, el Derecho Penal solo brinda su protección a determinadas relaciones que inciden en el estado civil familiar o en actividades de tipo asistencial en el ámbito familiar, y en las que prevalece más la protección de bienes jurídicos como el propio estado civil o la seguridad material de sus miembros, que la propia familia como un todo.

Asimismo, sostiene que se debe tener en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal lo que implica que la intervención jurídico-penal en el ámbito familiar debe ser limitada a la protección de bienes personales, porque de lo contrario se puede producir una moralización intolerable de las normas jurídico-penales y una perversión de su función en el marco del Ordenamiento Jurídico (Muñoz Conde, 2017, p. 298).

Laurenzo Copello explica que existen diversos argumentos vinculados a la función del Derecho Penal para negar a la familia como el objeto de tutela:

La aptitud de la vía represiva para mantener la cohesión de una institución social fundada esencialmente en el afecto y la solidaridad;

La intervención punitiva dirigida a asegurar el cumplimiento de ciertos deberes básicos de asistencia presupone ya un grado de deterioro de los lazos familiares difícilmente remediable con el recurso a la pena. Agrega que, en efecto, el Derecho penal interviene normalmente cuando la familia ya se ha disgregado, y no lo hace con fines reconciliadores, sino para evitar el posible desamparo material de sus miembros más débiles o de quienes circunstancialmente puedan encontrarse en una situación de especial necesidad;

Las normas penales no se dirigen a recomponer la institución familiar, ejemplo de ello es la falta de relevancia del perdón del ofendido a efectos de extinción de la acción penal.

Medidas como la inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad agudizan el distanciamiento entre el infractor y el círculo familiar.

Explica la autora que puede parecer paradójico el poco entusiasmo que genera en la ciencia penal actual la tesis partidaria de establecer a la familia como objeto de tutela, pese al aparente éxito que supone para sus defensores la creación en el Código Penal español de 1995 de un título relativo a los delitos contra las relaciones familiares (Laurenzo Copello, 2004, pp. 1234-1235). Título similar con el que cuenta el Código Penal colombiano, encabezado como *delitos contra la familia*.

### **El delito de inasistencia alimentaria**

En el artículo 233 del Código Penal colombiano se consagra que:

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...) (Código Penal Colombiano, 2000).

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-237 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, frente al delito de inasistencia alimentaria se ha pronunciado de la siguiente forma:

El fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario (Corte Constitucional, 1997).

La estructura de este tipo penal no admite formas culposas de responsabilidad, por lo tanto, en el caso de que unos abuelos ignoren su situación de obligados, no les cabría el juicio de responsabilidad penal (Moya Vargas, 2006, p.

51). Se trata de un delito de peligro (se configura con la sola puesta en peligro o amenaza del bien jurídico protegido) y de mera conducta (aquel cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo). Y la configuración de este delito no requiere de la fijación previa de una cuota alimentaria mediante sentencia judicial o acta de acuerdo (Dejusticia: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad, 2012, p. 12).

Ha existido un debate sobre la penalización de este delito. Dejusticia presenta cuáles han sido los argumentos a favor y en contra. Los argumentos pro penalización se han apoyado en la necesidad de proteger bienes jurídicos como la unidad familiar o la solidaridad; en la ineeficacia de que las acciones de tipo civil enfrenten este fenómeno; en la importancia del delito por sus graves efectos sociales en el largo plazo; en la idea de que este tipo penal constituye una forma de violencia contra la mujer; y, por último, en el hecho que el alto número de procesos judiciales por inasistencia alimentaria demuestran la eficacia del tipo penal.

Por otro lado, los argumentos en contra se centran en la inconstitucionalidad de penalizar el incumplimiento de deudas civiles; en la violación de principios del derecho penal garantista; en los altos niveles de congestión del sistema penal; en la criminalización de la pobreza; en la inidoneidad de la penalización para proteger los derechos del alimentario; en el agravamiento del conflicto social que le subyace; en el uso inadecuado como instrumento de venganza sentimental; y, la mayor adecuación de la vía civil para proteger los derechos del alimentario (Dejusticia, 2012, pp. 20-26).

### **El bien jurídico penal en el delito de inasistencia alimentaria según la doctrina**

Bustos Ramírez (1991) considera que el delito de no pago de prestaciones económicas implica una huida hacia el Derecho Penal pensando que este puede solucionar todos los conflictos sociales y que no es *extrema ratio* sino *prima ratio*, lo cual evidencia una política criminal equivocada (p.79).

Por su parte, Diez Ripollés (2004) explica que la alusión a derechos y deberes no es una estructura conceptual adecuada para referirse a lo que sea un bien jurídico protegido: la valoración positiva a él inherente va referida usualmente a una situación o relación de la realidad social más o menos abstractamente considerada y no a las facultades u obligaciones personales que la hacen posible (pp. 1140-1141).

De la misma forma opina Laurenzo Copello, para ella no es viable identificar el bien jurídico con los derechos y deberes familiares ya que no es posible establecer un grupo de deberes (cualquiera sea su contenido) en objeto de tutela del Derecho Penal, pues éstos no se protegen, sino que se imponen. Para la autora el delito de impago de pensiones consagrado en el artículo 227 del Código Penal Español (asimilable con el delito de inasistencia alimentaria de nuestro Código Penal) y las restantes figuras de abandono de familia, en realidad se dirigen a proteger la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones (Laurenzo Copello, 2004, pp. 1233-1239).

Por otro lado, Armendáriz León (2014) considera que el delito de impago de pensiones tutela bienes personales derivados de los derechos de los beneficiarios de la prestación económica no satisfecha o de la seguridad de esos sujetos (p.20).

Referente a la doctrina colombiana, Ferro Torres (2019) considera que el legislador parece haberse inclinado hacia la protección de los integrantes de la *célula familiar*, que precisan de una ayuda significativa mediante prestaciones que garanticen el normal crecimiento de unos y la satisfacción de las necesidades propias de la subsistencia de otros, resaltando con ello, la solidaridad que debe primar entre todos sus miembros (p. 755).

Por otro lado, Roa Avella (2018) analiza cómo se ha construido la noción del bien jurídico tutelado para el caso de los delitos contra la familia consagrados en la legislación penal colombiana, afirmando que algunos de estos delitos no se encuentran dentro del bien jurídico de la familia; se sancionan conductas que afectan específicamente relaciones particulares surgidas de la familia, tales como la violación de ciertos deberes asistenciales producidos por la pertenencia a esta (p. 384), ejemplo de ello es el delito de inasistencia alimentaria.

Como se puede observar en la doctrina consultada, los autores tienden a afirmar que el bien jurídico protegido en el delito de inasistencia alimentaria está ligado con la protección concreta a los miembros o integrantes de la familia. Lo cual, en mi sentir, es correcto ya que el bien jurídico en este delito no va encaminado a la protección de la familia en un sentido abstracto, sino concretamente de una persona a la que se le debe alimentos en virtud del principio de solidaridad que rige en la Carta Política.

## **La caracterización de la familia en el delito de inasistencia alimentaria a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia**

Se procede, entonces, a hacer el análisis de cada una de las once sentencias seleccionadas sobre el delito de inasistencia alimentaria en el período de 2001 a la fecha, las cuales se presentan en un orden temporal progresivo y lineal para evidenciar cómo el concepto de familia fue evolucionando e introduciendo diferentes tipologías.

Se inicia con la sentencia N°21023 del 19 de enero de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. El caso trata sobre una familia nuclear matrimonial (padre y madre casados e hijos), la Sala trae a colación el artículo 42 de la Constitución Política explicando que de ahí dimana una primera consecuencia en relación con la familia, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por este tipo penal: los integrantes de la pareja que deciden conformar una familia tienen los mismos derechos y obligaciones y ambos deben sostener y educar a los hijos que libremente decidan procrear. Por lo tanto, el sostenimiento -el auxilio, la protección, el amparo, la alimentación, la entrega de lo necesario para la manutención- de la prole corresponde a los padres en igualdad de condiciones (Corte Suprema de Justicia, 2006). Lo anterior hace parte de las funciones que se le atribuyen a una familia ( criterio funcional).

En segundo lugar, la sentencia N°21161 del 23 de marzo de 2006, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Los hechos tratan sobre una familia nuclear marital en la cual el padre incumple con el deber de alimentos con su hijo. Se señala por la Corte que este tipo penal no castiga a quien incumple la obligación, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario (Corte Suprema de Justicia, 2006).

Lo anterior es sumamente importante para entender la noción de bien jurídico que utiliza la Corte en este tipo penal ya que se está refiriendo tanto a la protección de la familia en abstracto como la protección de la subsistencia del beneficiario. No distingue entre los dos objetos de protección ni desarrolla el concepto de familia como bien jurídico más allá de lo previamente expuesto.

Se hace alusión a los 3 criterios de las Ciencias Sociales: el funcional ya que se refiere al deber de solidaridad y se tiene en cuenta la capacidad económica del incriminado para poder determinar si se apartó de su obligación con justa causa; el criterio evolutivo ya que para determinar si hay derecho a pedir alimentos es

necesario tener en cuenta la edad del alimentado; y, el criterio estructural ya que el caso concreto trata de una familia nuclear pero, con la ausencia del padre, se reconfiguró a una tipología monoparental materna, donde el hijo estuvo al cuidado de su madre (la Corte no recepciona por denominación esta tipología pero la composición familiar relatada en las consideraciones da lugar a dicha afirmación).

Se continua en el año 2008 con la sentencia N° 25649 del 13 de febrero. Se vislumbra la interdisciplinariedad del derecho penal y del derecho de familia ya que el problema jurídico se centra en analizar si los fallos dictados por los jueces de familia, en punto a la vigencia de la obligación alimentaria, vinculan ineludiblemente al penal. Para lo cual aclara que si por virtud de una sentencia de naturaleza civil, se declaró cumplida la totalidad de la obligación, el juez penal deberá atenerse a lo allí definido, puesto que los jueces de familia son los que, de preferencia, deben decidir esas cuestiones (Corte Suprema de Justicia, 2008).

El caso es sobre una familia matrimonial nuclear, donde se recuerda que el delito consagrado en el art. 233 del Código penal hace referencia a una conducta de peligro toda vez que no se requiere una efectiva causación de daño al bien jurídico familia, sino que se castiga a quien falta al compromiso nacido del vínculo de parentesco o matrimonio (criterio funcional), y en esa medida pone en peligro la tutela a la familia y la subsistencia del beneficiario (se refiere entonces la Corte a la protección de la familia y a su vez a la integridad de un miembro de la familia).

La otra sentencia del año 2008 es la N°28813 del 4 de diciembre, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. No dice nada nuevo en relación con las sentencias anteriores, simplemente se hace referencia al criterio funcional cuando reitera el deber de solidaridad que existe entre los miembros de una familia y analiza la capacidad económica de la alimentante para determinar si tenía una justa causa para apartarse de las obligaciones con su hijo (este caso trata de una familia monoparental paterna, donde el denunciante es el padre del menor de edad) (Corte Suprema de Justicia, 2008).

Entre los años 2009 a 2016 no se encontró ninguna sentencia de valor para la investigación<sup>9</sup>, por lo tanto, se prosigue con la sentencia N°44758 del 23 de

---

<sup>9</sup> En este período de tiempo se encontraron sentencias que hacían referencia al término de *inase-  
tencia alimentaria* pero las consideraciones se enfocaban en otro tipo penal o tocaban asuntos  
netamente procesales.

noviembre de 2017, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. La Corte colombiana sostiene que este tipo penal se creó para asegurar las falencias en el cumplimiento de los deberes asistenciales, morales y sociales para con el menor (criterio funcional). Y se cita la sentencia de la Corte Constitucional C-237/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz, para reiterar que se castiga a quien falta a un compromiso “nacido del vínculo de parentesco que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia” (como se citó en Corte Suprema de Justicia, 2017).

De los hechos se evidencia una familia compuesta por madre e hijos, donde el padre-que ya no convive con ellos- se sustraer de la prestación de alimentos debidos a sus hijos (familia monoparental materna). De manera muy general, hace referencia al criterio funcional y estructural ya que la Corte tiene en cuenta los deberes de un padre de familia y los roles que debe cumplir cada miembro dentro de ella, como son: la crianza, la educación y el cubrimiento de las necesidades de los hijos en proporción a sus recursos (Corte Suprema de Justicia, 2017).

La sexta sentencia es la N°47107 del 30 de mayo de 2018, M.P. Patricia Salazar Cuellar. De los hechos se puede inferir que se trata de una familia monoparental materna, se sostiene por la Corte que este tipo penal es un delito de peligro, por cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido. Éste corresponde a un interés de tutela supraindividual, cuya existencia deriva de la institución constitucional de la familia como el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 inc. 1º de la Constitución Política), a partir del cual se generan deberes especiales de solidaridad y asistencia entre sus integrantes, como la obligación de amparar mediante la prestación de alimentos (arts. 411 del C.C. y 24 de la Ley 1098 de 2006) (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En este caso la Corte Suprema de Justicia reitera el que la familia es el bien jurídico, pero hace alusión a los deberes y derechos dentro de ella. Continúa explicando que la dañosidad social de la conducta, al margen de los perjuicios concretos que puedan producirse en quien se ve desprovisto de alimentos por su alimentante, radica en la desestructuración de uno de los componentes esenciales de la familia en tanto institución social: el deber de asistencia entre sus integrantes (Corte Suprema de Justicia, 2018), lo cual hace parte del criterio funcional.

También se hace alusión al criterio estructural cuando se habla de los roles sociales y se tiene en cuenta la capacidad económica del alimentante ya que el término de proveedor económico es uno de los elementos que se analizan en la estructura familiar. Considera la Corte que en este tipo penal el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un

determinado rol social especial; en este caso, el de alimentante (Corte Suprema de Justicia, 2018). Finalmente, se analiza la solvencia económica del alimentante, la cual es fundamental para deducir o no su responsabilidad penal.

A continuación, la sentencia N°51607 del 22 de agosto de 2018, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya, donde la Corte explica que este tipo penal se creó en garantía del cumplimiento de los deberes alimentarios para con los hijos menores de edad –sin importar si fueron concebidos dentro o fuera del matrimonio- y con el fin último de proteger el bien jurídico de la familia (Corte Suprema de Justicia, 2018). Con está asumiendo un concepto tradicional de familia, haciendo énfasis en la familia nuclear sin mencionar los casos de inasistencia alimentaria que se pueden presentar en otras tipologías familiares.

Reitera que la Corporación ha sostenido que se sanciona es la falta de cumplimiento total o parcial de los compromisos que emergen del vínculo de parentesco y que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia (Corte Suprema de Justicia, 2018).

De los hechos se infiere que el hogar está conformado por madre e hijos donde el padre, que no convive con ellos, se sustrae de su deber alimentario (familia monoparental materna). Se hace énfasis en el criterio funcional de la familia ya que habla de los deberes de los padres con sus hijos.

Analizando el caso concreto, se hace alusión al criterio evolutivo de la familia, específicamente con el ciclo individual (edad, madurez psicológica y desarrollo cognitivo de la persona) ya que analiza que, en la fecha de los sucesos el alimentario contaba con cuatro años, época de la vida en la que “debido a su grado de madurez psicológica y a su desarrollo cognitivo, los hijos no suelen estar informados de los pormenores de las obligaciones que contraen sus progenitores...” (Corte Suprema de Justicia, 2018). El Alto Tribunal continúa diciendo que respecto a la distancia temporal entre lo percibido por el entonces niño y el momento de la declaración del adolescente -tres años aproximadamente-, mediado por los cambios que la edad genera en la personalidad y los gustos, y que en este caso, según sus dichos, condujeron a variar su lugar de residencia materna por la paterna, en la que dice sentirse a gusto y que incluso, lo llevan a asumir la responsabilidad de los problemas suscitados entre sus progenitores (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Por tanto, se tiene en cuenta la edad del alimentario (criterio evolutivo) y el factor de convivencia (criterio estructural) para determinar la credibilidad del testimonio.

Vuelve a hacer alusión al ciclo vital cuando sostiene que es poco probable que un menor entre los cuatro y once años conozca si las cuotas alimentarias entregadas por el padre a la madre eran o no suficientes, o conforme con lo acordado (Corte Suprema de Justicia, 2018).

En el año 2019 se encuentra la sentencia N° 51530 del 31 de julio, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Los hechos relatan el acuerdo conciliatorio celebrado entre padre e hijo, donde el primero se comprometía a atender las necesidades de su hijo, mientras cursaba sus estudios de pregrado. Sin embargo, el padre al enterarse que su hijo, mayor de edad, iniciaba una nueva carrera, decidió no atender más sus necesidades ya que, según él, se trataba de condiciones diferentes a las inicialmente acordadas (del caso no se puede afirmar con certeza si se trataba de una familia monoparental paterna o nuclear).

En esta oportunidad no se examina por la Corte si había o no derecho recibir a alimentos conforme a la legislación civil, sino determinar si el acusado actuó con la convicción errada e invencible de que, al variar las condiciones del acuerdo, quedaba exonerado de cumplir obligaciones determinadas (problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal). En otras palabras, se busca establecer, desde el punto penal, si el acusado obró con la convicción que le estaba permitido no hacerlo (Corte Suprema de Justicia, 2019).

Más adelante sostiene la Sala que los bienes jurídicos (sin referirse a alguno en específico) tienen diferentes formas y niveles progresivos de protección:

Eso implica que una conducta se puede considerar injusta desde la óptica del derecho civil, más no desde la perspectiva del derecho penal, y que, por el carácter fragmentario del derecho penal, no se sancionen todas las conductas que afectan bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más graves e intolerables contra ellos (Corte Suprema de Justicia, 2019). Continúa el rastreo con la sentencia N°46389 del 29 de abril de 2020, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Relata el caso de un padre que se sustraer de las obligaciones con su hija, la denunciante es la madre por lo que se puede inferir que se trata de una familia monoparental materna donde hay ausencia de las obligaciones del padre. Se recuerda nuevamente por la Corte que el fundamento de la sanción en este tipo penal reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial; en este caso, el de alimentante. También asevera que se trata de un delito de infracción de deber, el cual no se orienta al resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial que tiene el autor-alimentante. Agrega que: no debe convertirse en una especie de cobro ejecutivo por este tipo de actos, ni de vendettas entre consanguíneos, sino que debe ser el medio para evaluar el nivel

de afectación de las relaciones entre congéneres, a fin de que no se incumplan las obligaciones de las que trata el Código Civil en su artículo 411 (Corte Suprema de Justicia, 2020).

En el pie de página N°40 la Sala explica que el bien jurídico protegido es la familia en sentido amplio (no solo como institución sino incluyendo los diferentes vínculos y relaciones entre sus miembros) y que dicha postura se identifica con la legislación española en la cual se establecen “dos tipos de inasistencia, uno moral (Art. 226) relacionado con los deberes de cuidado y protección a los familiares, y el económico (Art. 227), el cual hace la exigencia de prestaciones dinerarias en favor de su cónyuge e hijos” (Corte Suprema de Justicia, 2020). De nuevo la Corte para hablar del objeto de protección de este tipo penal alude tanto a la familia en abstracto como la relación entre sus miembros.

En el caso concreto la Corte concluye que no procede la sanción penal ya que se concilió debidamente e imponer una pena iría en detrimento de la relación familiar que sostiene el padre con su hija. Es importante lo anterior, ya que se enfatiza en que se deben estimular los mecanismos de justicia restaurativa y armonía familiar, además de propender por “la aplicación del derecho penal como última ratio, y no como un mecanismo de respuesta para judicializar todas las emociones humanas” (Corte Suprema de Justicia, 2020).

De ahí saltamos a la sentencia N°59731 del 2 de noviembre de 2022<sup>10</sup>, M.P. Fernando León Bolaños Palacios, en la que se resalta la importancia del bien jurídico del delito de inasistencia alimentaria al estar ligado a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, conforme a los instrumentos nacionales e internacionales, como lo son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores.

Finaliza el rastreo con la sentencia N° 53862 del 10 de julio de 2023, M.P. Hugo Quintero Bernate, que se enfocó en estudiar si los excónyuges pueden con-

---

<sup>10</sup> Fueron pocas las sentencias seleccionadas entre los años 2021 y 2023, en virtud de que no se trataban de recursos de casación (eran de apelación o impugnación especial), o pesar de ser una sentencia de casación sobre el delito de inasistencia alimentaria, la CSJ se centraba, por ejemplo, en la procedencia de otorgarle al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena o sobre la extinción de la acción penal por prescripción. Véase para ello las sentencias SP353-2021, SP381-2022, SP908-2022, SP1789-2022, SP2230-2022, SP3961-2022 y SP287-2023.

siderarse sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria, cuyo bien jurídico, se reitera, es la familia. Y para ello aclaró que teniendo en cuenta que el artículo 233 del Código Penal colombiano no los incluye y atendiendo al principio de legalidad y que la tipicidad debe interpretarse de manera restrictiva, no podían tener en cuenta como sujetos pasivos. Además, en tanto la familia se concibe como un proyecto colectivo de vida es importante ese “vínculo” como elemento fundamental en el tipo penal, y por lo tanto, al tratarse un delito contra la familia y que en razón a un divorcio se rompe ese vínculo, el proyecto de vida colectivo llega a su fin, no frente a sus hijos, pero sí frente a quienes fueron cónyuges, recalando que “la protección penal es para quienes conforman la familia, no para los que no hacen parte de ella”.

Sin embargo, la anterior decisión no fue unánime en tanto los magistrados Myriam Ávila Roldán, Gerson Chaverra Castro, Diego Eugenio Corredor Beltrán y Fernando León Bolaños Palacios salvaron el voto argumentando que lo pretendido con este delito, no es solo mantener los vínculos familiares sino la armonía en el seno del fuero interno, por lo que se atenta al bien jurídico en los casos en los que el cónyuge divorciado, a cargo de quien se han decretado los alimentos, se sustraer de su obligación, como era el caso concreto en el que la víctima fue dejada en abandono, afectando la estabilidad de la relación familiar con su hijo, habido dentro del matrimonio. Y, sobre el aspecto de la tipicidad, explicaron que el artículo del Código Penal colombiano contiene una ambigüedad contextual del alcance de la expresión “cónyuge”, aunado al enfoque de género que debe ser analizado en estos casos, pues se debe buscar que la mujer sometida a escenarios domésticos de violencia de género, posterior a la finalización del vínculo matrimonial, no continúe siendo víctima de discriminación.

Este último aspecto, acerca de la ampliación de los sujetos pasivos en el caso de los cónyuges divorciados, discutido por los magistrados de la referida Corte, es bastante interesante ya que los cónyuges que se divorciaron o inclusive los compañeros permanentes que ya no conviven, no se consideran familia para el Derecho ni para las Ciencias Sociales. Diferente sería si en el supuesto se señalara que debe tratarse de un matrimonio con separación de cuerpos, o de una pareja matrimonial o marital con hijos, lo cual daría a entender que-enfocándonos en el criterio funcional-se referiría a la protección de una familia nuclear, sin embargo, eso no lo señala la norma. Por lo que, independientemente si se esté de acuerdo con la ampliación de este tipo penal para los casos de inasistencia alimentaria ejercida por la ex pareja (lo cual está ligado a un asunto de política criminal e inclusive de enfoque de género), es claro que se trata de una expansión de sujetos pasivos que no siempre encajan dentro de los conceptos de familia, de núcleo familiar o de unidad doméstica, anteriormente estudiados.

## **Conclusiones**

Teniendo en cuenta que la familia es una institución que evoluciona constantemente y existen diversas tipologías familiares, la protección por parte del Derecho Penal es compleja ya que tiene que estar alerta a sus cambios y abarcar los diferentes factores o criterios pertinentes para entender la constitución de una determinada familia.

Por ello es fundamental que la jurisprudencia se nutra de los criterios de las Ciencias Sociales sobre el estudio de la familia para tener un panorama más claro de las situaciones y características que se pueden presentar en cada tipología.

En el desarrollo del rastreo jurisprudencial se puede evidenciar que la Corte Suprema de Justicia colombiana no es precisa al momento de delimitar el bien jurídico en el delito de inasistencia alimentaria. Se identificaron ocasiones en las cuales se sostendía que el bien jurídico protegido en dichos delitos era la familia y en otras en las que se afirmaba que esa protección se concretaba en la subsistencia o integridad de los miembros del grupo familiar. Es decir, trataba estos dos asuntos como si fueran lo mismo, hablaba de la familia en abstracto como objeto de protección y a la vez se refería a los sujetos en concreto del grupo familiar, específicamente a la subsistencia de un integrante del grupo familiar.

Lo anterior, resalta que en la jurisprudencia de la CSJ falta mayor precisión en el objeto de protección del bien jurídico penal del delito de inasistencia alimentaria. No obstante, a pesar de dicha ambivalencia se puede extraer, entre líneas, que la Corte Suprema de Justicia se decanta por la idea según la cual, el bien jurídico penal protegido en el delito de inasistencia alimentaria es la familia.

Por ello, es dable afirmar que la Corte Suprema de Justicia se aproxima a una concepción intrasistémica o inmanentista del bien jurídico, entendiendo que éste se deduce de las mismas normas que el Legislador consagra (Bustos Ramírez, 1984, p.62).

No sobra advertir que posterior al año 2020, son muy pocas las sentencias emitidas por la Sala de Casación Penal de esta Corte colombiana, lo que solo demuestra que es cada vez más escaso el análisis jurisprudencial que se elabora acerca de este tipo penal. Pues inclusive, ha sido objeto de debate, la propuesta del actual Gobierno colombiano encaminada a una reforma del Código Penal para derogar varios delitos, entre ellos, el de inasistencia alimentaria, argumentando la ineeficacia de que por medio de una sanción penal se logre reparar a la víctima, siendo más efectivo otro tipo de medidas ligadas a la justicia restaurativa.

De todas formas, teniendo en cuenta las posturas asumidas por los diversos doctrinantes españoles mencionados en el presente trabajo, considero más acer-

tado sostener que el bien jurídico penal tutelado en el tipo penal de inasistencia alimentaria, es la integridad personal (física y psíquica) de los miembros de un grupo familiar, en virtud de determinados lazos jurídicos, consanguíneos o de hecho, originados en una relación familiar; protección que es relevante para la seguridad y subsistencia del individuo que, a su vez, le asegura su desarrollo en los sistemas sociales.

Con la afirmación anterior, no pretendo desconocer la importancia de la protección de la familia por parte del Estado. Por el contrario, independientemente de la concepción de bien jurídico que se asuma por la jurisprudencia o por la doctrina, se considera valioso identificar el concepto de familia que acoge la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Ahora bien, son pocas las sentencias que se encuentran sobre este tipo penal y entre ellas son muy repetitivas en su contenido. En su mayoría la denunciante es una mujer y los hechos están referidos a familias nucleares, matrimoniales, maritales y monoparentales. Se hace énfasis en esta última ya que la mayoría de los casos tratan de un hogar compuesto por madre e hijo(s), donde el padre incumple con su deber de prestar alimentos para con sus hijos. Y, a pesar de que la Corte no hace una recepción por denominación de dicha tipología, sí la reconoce a partir de su composición.

Por ello se evidencia que la CSJ es precavida al momento de reconocer otras tipologías familiares, por lo tanto, se inclina por un concepto tradicional de familia ya que hace énfasis constante en los deberes paterno filiales, lo que implica siempre una alusión a una familia nuclear o monoparental (sea materna o paterna). También menciona a la familia monoparental, la familia matrimonial y la marital conformada exclusivamente por las parejas sin hijos.

Es claro que el reconocimiento de las tipologías familiares referidas no obedece por parte de la CSJ a la recepción por denominación de estas, pero sí al uso de los criterios estructural, funcional y evolutivo. Es así como la caracterización de la familia en Colombia que se desprende de las sentencias elegidas y analizadas obedece preponderantemente al uso del criterio evolutivo, toda vez que en el delito de inasistencia alimentaria se parte en su tipicidad de la crisis familiar, elemento central para la identificación de dicho criterio y se utiliza al analizar la edad del alimentado para determinar si hay o no derecho a pedir alimentos; El mismo es seguido, en cuanto su uso, por el criterio estructural u orgánico, sobre todo en aquellos pronunciamientos referidos a los miembros de la familia, se analiza los roles que tiene cada integrante, centrándose en el rol de alimentante. Enfatiza en su capacidad económica, la cual va ligada con el concepto de provee-

dor económico, fundamental en una estructura familiar; Y finalmente, el criterio funcional vinculado a los conceptos de deberes de solidaridad en una familia y de un padre con sus hijos, como son: el auxilio, la asistencia, la protección y la alimentación.

Con todo y ello, a pesar del reconocimiento de las tipologías familiares que hace la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana en las sentencias objeto de análisis en la presente investigación, sus pronunciamientos sobre los nuevos modelos familiares se caracterizan por ser parcios, tímidos y poco expresivos, ya que en las partes motivas de los fallos estudiados poco se reflexiona sobre la importancia de la diversidad familiar en nuestro país, sobre la conformación cada vez más numerosa de las familias de nuevo cuño y sobre la necesidad de su regulación legal.

De otro lado, cabe destacar que teniendo en cuenta la función crítica del bien jurídico encaminada a limitar la intervención punitiva del Estado solo a las conductas más gravosas, el Derecho penal debe abstenerse de intervenir en situaciones que puedan ser resueltas por medio de otros mecanismos, ya que la sanción penal más allá de imponer un castigo a uno de los miembros de la familia conlleva a la desintegración de un núcleo familiar.

Finalmente, sería deseable que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana se pronuncie sobre el reconocimiento que hace nuestro ordenamiento jurídico a las demás tipologías de familia y a su vez adopte una posición más clara acerca del bien jurídico protegido en este tipo penal.

## Referencias bibliográficas

Álvarez Torres, O. M. (2018). Tutela penológica y procesal penal para la familia: un reto del derecho en la actualidad. En B. Apolinario Valencia, R. Tapia Vega, E. Oliva Gómez, & F. Vázquez Muñoz, *Víctimas en Perspectiva de Derechos Humanos* (págs. 243-269). Ciudad de México: LXIII Legislatura de la H. Cámara de Diputados.

Armendáriz León, C. (2014). Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español. *Revista Penal México*, 9-26.

Benítez Jiménez, M. J. (1999). Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales ISSN 0210-3001, Tomo 52*, 403-450.

Bustos Ramírez, J. (10 de diciembre de 2019). *Los bienes jurídicos colectivos*. Obtenido de Revista de Derecho Penal: <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/1925>

Bustos Ramírez, J. J. (1984). *Manual de Derecho Penal Español. Parte general*. Barcelona: Ariel S.A.

Bustos Ramírez, J. J. (1991). *Manual de Derecho Penal: Parte especial*. Barcelona: Ariel S.A.

Bustos Ramírez, J. J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal Volumen I*. Madrid: Trotta.

Cadavid Quintero, A. (1998). *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Cardona Cardozo, A. (2019). *Caracterización de la familia homoparental en Colombia desde la visión jurisprudencial de la Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991 (trabajo de grado)*. Medellín: Universidad EAFIT.

Código Civil colombiano, Ley 84 de 1973 (Congreso de la República 26 de mayo de 1873).

Código Penal, Ley 599 de 2000 (Congreso de la República 24 de julio de 2000). Constitución Política de Colombia (Congreso de la República de Colombia 20 de julio de 1991).

Corte Constitucional, Sentencia SU-074/14 (M.P. Mauricio González Cuervo 05 de febrero de 2014).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-181/16 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado 13 de abril de 2016).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-091/17 ( M.P. María Victoria Calle Correa 15 de febrero de 2017).

DeJusticia: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. (febrero de 2012). *Dejusticia*. Obtenido de El delito de inasistencia alimentaria: diagnóstico acerca de su conveniencia: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_260.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_260.pdf)

Díez Ripollés, J. L. (agosto de 1997). *Dialnet*. Obtenido de El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174728>

Díez Ripollés, J. L. (2004). Título XII: Delitos contra las relaciones familiares. En J. L. Díez Ripollés, & C. M. Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes* (págs. 1140-1141). Valencia: Tirant lo blanch.

Fernández Domínguez, G. D. (2004). *Bien jurídico y sistema del delito: Un ensayo de fundamentación dogmática*. Montevideo: BdeF.

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 8, No. 79*, 100-114.

Ferro Torres, G. (2019). Delitos contra la familia. En H. Barreto Ardila, D. Bazzani Montoya, J. Bernal Cuéllar, Á. M. Buitrago Ruiz, L. F. Caldas Botero, J. Caldas Vera, & A. J. Cancino M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. Tercera edición* (págs. 717-778). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Laurenzo Copello, P. (2004). Título XII: Delitos contra las relaciones familiares. En J. L. Díez Ripollés, & C. M. Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes* (págs. 1233-1239). Valencia: Tirant lo blanch.

Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código Penal (Congreso de Colombia 24 de julio de 2000).

Luzón Peña, D. M. (1996). *Curso de Derecho Penal*. Madrid: Universitas S.A.

Montoya Osorio, M., & Montoya Pérez, G. (2013). *Derecho de familia. Tomo I. Relaciones matrimoniales. Primera edición*. Medellín: Librería Jurídica Dikaios.

Morales Mesa, S. A. (2002). *La familia en la ciudad de Medellín: 1993-2002*. Medellín: Secretaría de Salud.

Moya Vargas, M. F. (marzo de 2006). *Repositorio Universidad Santo Tomás*. Obtenido de Los fallos penales por inasistencia alimentaria: un desfase entre la ley y la realidad judicial: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/7527>

Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch.

Parra Benítez, J. (2019). *Derecho de Familia, tomo I. Tercera edición*. Bogotá: Temis.

Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal N° 65*, 46-91.

Prieto Sanchís, L. (2011). *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

Quintero Velásquez, Á. M. (2007). *Diccionario especializado en familia y género*. Buenos Aires: Lumen.

Roa Avella, M. (2018). Delitos contra la familia. En C. G. Castro Cuenca (Coordinador), *Manual de derecho penal. Parte especial. Tomo I. segunda edición* (págs. 379-412). Bogotá: Temis.

Roxin, C. (2016). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? En R. Hefendehl, A. Von Hirsch, & W. Wohlers, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 443-458). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Salazar Cuéllar, Patricia, salvamento de aclaración sentencia N°53048 (Corte Suprema de Justicia 18 de junio de 2019).

Sánchez Upegui, A. (mayo de 2011). *Católica del Norte Fundación Universitaria*. Obtenido de Manual de redacción académica e investigativa: cómo escribir, evaluar y publicar artículos: <https://www.ucn.edu.co/institucion/sala-prensa/documents/manual-de-redaccion-mayo-05-2011.pdf>

Seher, G. (2016). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento o legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? En R. Hefendehl, W. Wohlers, & A. Von Hirsch, *La legitimación de las normas penales basadas en Principios*. (págs. 69-92). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Sotomayor Acosta, J. O. (26 de febrero de 2019). Curso Legitimidad del Derecho Penal . *notas de clase*. Universidad EAFIT, Medellín.

Sotomayor Acosta, J. O., & Tamayo Arboleda, F. (2017). Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano. *Revista de Derecho*, 21-53.

Szczaranski, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política criminal*, Vol. 7 N°(14), 378-453.

Velásquez Velásquez, F. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.







