REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)

Número 25, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647

IURE LICET ABOGADOS

Dykinson, S.L.

REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 25, Época II, 2025

ISSN: 2340-4647

Dykinson S.L.

CONSEJO EDITORIAL

-Dirección / Editor

Dr. Dº IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Subdirección

Dra Dña MARÍA LUBOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED (Universidad Nacional a Distancia)

- Secretario

JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor de Derecho penal y criminología en las Universidades de Sevilla e Internacional de la Rioja

-Coordinación editorial

Dra. Dña CARMEN REQUEJO CONDE

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales de la Universidad de Sevilla

-Secretario técnico editorial y Coordinador de los equipos de revisión por pares externa

Dr. Dº JOSÉ ANTONIO POSADA PÉREZ

Profesor Contratado Doctor (acred.) de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. Doña TERESA AGUADO CORREA

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dra. Dª MARÍA ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valencia

Don IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado ICAM

Dra Dña VICTORIA GARCIA DEL BLANCO

Profesora Titular de Derecho penal. URJC

Dra Dña MYRIAM HERRERO MORENO

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Directora Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Sevilla

-Dr. D. FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Profesor de Dereito penal Universidade Nova de Lisboa. Nova School of law

-Dr D. JAVIER LARENA BELDARRAÍN

Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Deusto.

Dra Dña MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JUAN JOSÉ MEDINA ARIZA

Profesor Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

-Dr Dº JOSE RICARDO PARDO GATO

Doctor en Derecho. Académico de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Abogado

Dr Dº ALBERT RUDA GONZÁLEZ

Professor Agregat. Dret Civil. Universitat de Girona

PRESIDENCIA DE HONOR DE LA REVISTA REDS

-Dº FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE

Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad de Deusto

-Dº OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Deusto

MIEMBROS HONORÍFICOS *AD HONOREM*

-Dº CARME CHACÓN PIQUERAS

Ex Ministra de Defensa de España

Dº MANUEL MARÍA ZORILLA RUIZ

Ex Presidente del Tribunal de Justicia del País Vasco

Catedrático emérito de la Universidad de Deusto

Dº LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático emérito de Derecho penal. Universidad de Granada

Ex Rector de la Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros del Comité:

Presidente

Dr. Dº BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático emérito de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Vocales:

PIERRE LUIGI MARIA DELL´OSSO
Fiscal Antimafia de la República de Italia.
(Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE
Director del Laboratorio de Sistemática Humana
Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI
Doctor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "Escuela Civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.
Universidad de Camerino (Italia)

LUCIA RUGGERI
Profesora de Derecho civil y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camerino

ANGEL REBOLLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

JEAN-BERNARD AUBY
Ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el Gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.
Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA
Juez Honorario en el Tribunal de Perugia.
Catedrático Derecho Civil y coordinador de actividades de investigación de Derecho civil de la Universidad de Perugia.
Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR
Cónsul General de España en Brasil

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

LUZ MARTÍNEZ VALENCOSO
Catedrática de Derecho Civil Universidad de Valencia

GUILLERMO OLIVEIRA
Catedrático emérito de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y Medicina
Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA
Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Doctor Honoris Causa por UNIPLAC
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Lisboa

EDUARDO VERACRUZ PINTO
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
Universidad de Lisboa

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)

ENRIQUE GADEA SOLER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

VANESA GARCÍA GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

ARNEL MEDINA CUENCA
Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

MAYDA GOITE PIERRE
Profesora Titular de Derecho Penal,
Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
Universidad de La Habana (Cuba)

LEONARDO PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario.
Universidad de La Habana (Cuba)

RAÚL CERVINI
Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados e Investigaciones Internacionales
Universidad Católica del Uruguay

Mª JOSÉ CRUZ BLANCA
Catedrática de Derecho penal.
Universidad de Jaén

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.
Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS
Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTÁZAR Y RUÍZ DE AGUIRRE
Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO
Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ
Catedrático de Derecho Civil y Consejero del Poder Judicial.

ALFONSO CANDAU PEREZ
Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
Abogada en el Despacho Suarez y Sánchez. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA
Doctor en Derecho y Catedrático emérito Derecho Económico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.
Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS
Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL
Catedrático de Derecho Civil
Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ
Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional).
Universidad Fermín Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica del Uruguay

VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO
Notario, miembro de la Comisión General de Codificación (coordinador) y presidente de la Asociación para el Diálogo

Mª CARMEN GARCÍA GARCÍA
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Granada

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil.
Universidad de Córdoba

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.
Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO
Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado.
Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU
Catedrático Derecho Mercantil.
Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS
Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares.
Universidad de las Islas Baleares

JAVIER VALLS PRIETO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT
Catedrático Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

RAFAEL LINARES NOCI
Profesor Titular Derecho Civil
Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ
Profesora Titular de Derecho
Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y Profesor encargado de Derecho internacional penal.
Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA
Notario y Abogado del Estado

ASTOLFO DI AMATO
Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional.

LLORENÇ HUGUET ROTGER
Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.
Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA
Catedrática de Historia Contemporánea.
Universidad de Deusto

JAVIER BATARRITA GAZTELU
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES
Doctora en Sociología. Trabajadora Social en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la Administración de Justicia Junta de Andalucía
Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ
Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Madrid. Presidente del Consejo General del Notariado

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO
Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Profesor de Derecho penal en la Nova School of Law de la Universidade Nova de Lisboa

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Mª ISABEL GONZÁLEZ TAPIA
Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

Mª JESÚS ARIZA COLMENAREJO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

LÁZARO RODRIGUEZ ARIZA
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal de la Universidad de Granada.

Mª ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Valencia

CRISTINA GIL MEMBRADO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

MANUEL A. GÓMEZ
Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies
Florida International University College of Law

CARMEN MUÑOZ GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Civil UCM.

Catedrática acreditada

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ

Catedrática de Derecho penal UGR.

Directora del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Sección Granada.

JAVIER VALLS PRIETO

Catedrático de Derecho penal UGR.

Ethics and Legal expert.

SECCIONES PERMANENTES EN LA REVISTA: Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)

Coordinador de Derecho Público, Sociedad Civil e Historia:

Dr Dº IGNACIO LLEDÓ BENITO

Profesor Titular Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora de Derecho Privado, Bioderecho, IA y Tecnologías disruptivas:

Dr. Dª MARÍA LUBOMIRA KUBICA

Profesora de Derecho Civil. UNED

Coordinadora de Criminología e Igualdad:

Dra. Dª BÁRBARA SORDI STOCK

Profesora Titular de Derecho penal y Ciencias Criminales

Universidad de Sevilla

Coordinador de las Relaciones Internacionales con Iberoamérica:

Sergio Alonso Garcia Long

Profesor Derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú

Coordinador de Nuevas formas de criminalidad y lucha contra la corrupción:

Dr Dº JESÚS MARTÍN MUÑÓZ

Profesor de Derecho penal

UCM

Coordinadora de la sección de entrevistas en Derecho penal y Criminología:

Dra Dña Ana Belén Valverde Cano

Profesora Derecho penal UCM. Becaría Ramón y Cajal

Coordinadora de la Sección Jurisprudencial.

Dra Dña Mercedes Barragán López

Profesora de Derecho penal y Ciencias Criminales. Universidad de Sevilla

Coordinadora Sección Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional

Dra Dña EMILIA Mª SANTANA RAMOS

Profesora Titular (acred.) de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Coordinador de Economía, Empresa, Estudios Financieros y Negocios

Dr. Dº JONATHAN TÉLLEZ TORRES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal y Ciencias Criminales.Universidad de Sevilla

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

REVISIÓN POR PARES

CONSIDERACIONES DE FUNCIONAMIENTO

1) PRIMERA FASE: REVISIÓN PRENSA

El secretario técnico presenta un informe de evaluación previa en el que justifica los criterios formales y sustantivos de aceptación para su publicación en la Revista

2) SEGUNDA FASE: EVALUACIÓN POR PARES

- El artículo se envía a dos evaluadores especialistas en a temática del autor del trabajo y que serán ajenos al centro universitario del autor del trabajo.
- Los evaluadores ad hoc examinarán la metodología, análisis, rigor dogmático sistemático, tratamiento bibliográfico, actualidad del tema y su aportación real a la trasferencia de conocimiento.
- Los evaluadores externos contarán un plazo de 4 semanas para enviar una plantilla de CRITERIO REDS para su análisis formal y material del trabajo presentado.

- La autoría de los informes no será revelada en ningún caso a los autores de los trabajos, ni estos conocerán la identidad de los informantes.
- Caso de divergencia o contradicción en el dictamen de los informantes decidirá el Consejo Asesor a propuesta del secretario técnico y responsable de la revisión de los evaluadores externos.
- El Consejo asesor dilucidará con la mayor prontitud la idoneidad o no del trabajo objeto de publicación.

ÍNDICE

EDITORIAL.....17

1. LA LEY DE EQUIDAD DIGITAL: HACIA UN ENTORNO DIGITAL MÁS JUSTO PARA LOS CONSUMIDORES EN LA UE.....19

Luz M. Martínez Velencoso

2. LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO NO PROGENITOR EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS CON RESPECTO A LA VIVIENDA FAMILIAR. SU VULNERABILIDAD POR RAZONES DE EDAD, DISCAPACIDAD Y CARENCIA DE RECURSOS.....37

Vanessa García Herrera

3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Aproximación de las instrucciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública a la Regulación y Jurisprudencia del Tribunal supremo.....69

Marina Pérez Monge

4. LIMITAR LA HIPERACCESIBILIDAD AL PASADO DIGITAL: LA CLAVE DEL DERECHO AL OLVIDO.....85

Dra. María Teresa Pérez Giménez

5.TAKING PUNITIVE DAMAGES SERIOUSLY ONCE AGAIN.....113

Sergio García Long

6. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS AL BOSQUE TROPICAL SECO: HACIA UNA GOBERNANZA BASADA EN EL VALOR INTRÍNSECO EN LA MONTAÑA DE GUERRERO -MÉXICO.....127

Omar Huertas Díaz y Zaire Vázquez

7. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO POR DEFCIENCIAS E IRREGULARIDADES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN.....147

Mª José Achón Bruñén

8.DERECHOS HUMANOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.....179

Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruíz

9. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN REDES SOCIALES: NUEVAS FORMAS DE AGRESIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL.....189

Gloria Auriestela Hernández Pérez / Guillermo de la Cruz Hernández

10. EL CIBERACOSO COMO NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA. UN RIESGO EN LA SOCIEDAD ACTUAL DE LA INFORMACIÓN.....199

Mileidy García Plá

11. TIPO PENAL BUSCA APLICACIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ART. 438 BIS CP.....209

Jesús Martín Muñoz

12. DEBATES SOBRE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD: ENTREVISTA A JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ.....227

Coordinadora de la sección: Ana Belén Valverde-Cano

RENCENSIONES

- Recensión a Eckart J. Brödermann, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Comentario artículo por artículo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, traducción coordinada por Christian F. Zinser Cieslik y Pedro Mendoza Montano (publicado originalmente como Eckart J. Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary, 2nd edn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023).....237

Sergio García Long

- Recensión a Javier González Martin (2025): Los elementos formativos de la Historia Tiempo, mito, generación. ilustración, progreso, crisis y barbarie. Córdoba Almuzara. 2025.....241

Julio César Muñiz Pérez

- Recensión a Francisco Ramón Lara Payán. La mediación obligatoria moderada (MOM) en el marco de la preceptividad de los MASC. Tirant Lo Blanch. 2025.....243

María Elena Cobas Cobiella

Editorial - Reflexión sobre la pena de muerte

Parlare o scrivere di pena di morte potrebbe apparire una sorta di residuato fossile del diritto. Così non è. E mette conto osservare preliminarmente che oltre 50 Stati conservano la pena di morte nei propri ordinamenti. Fra essi ci sono Cina, Giappone, Stati Uniti d'America, India, Arabia Saudita, Indonesia, Bielorussia, Egitto e tanti altri. In buona sostanza, gli abitatori del "bel pianeta" sono, per ben più della metà, cittadini di stati che prevedono la pena di morte: una enormità. È sufficiente por mente a siffatta realtà, per rendersi conto di quanto il tema della pena di morte sia attuale. Occorre, allora, che se ne parli e se ne scriva, perché si tratta non già di una problematica del tempo di Thomàs de Torquemada, bensì di una spada di Damocle, che pende tuttora su miliardi - sì, miliardi - di esseri umani, che "strisciano", si vorrebbe dire, "fra la terra e il cielo", ciascuno dei quali potrebbe essere vittima di pena di morte.

Vittime è il termine giusto ed appropriato. Quale reato potrebbe mai "giustificare" la pena di morte? Essa attinge all'assoluto, all'infinito, alla "cancellazione definitiva" di un essere umano, ad un verdetto più che draconiano, che ne fa un condannato destinato - oltre che alla perdita della vita - ad una damnatio memoriae, che sa d'eternità. E che cosa dire della - davvero disumana - detenzione per diversi anni, prima dell'esecuzione? È un "pezzo" di vita - meglio sarebbe chiamarlo di "non vita" - dominato da un pensiero costante, ossessivo di morte certa. Esiste una tortura più orribile? Se infliggere torture ad un corpo costituisce, di per sé, una barbarie inammissibile, quanto peggiore ed odiosissima è la tortura di una mente? Essa assurge ad una dimensione satanica. Le osservazioni che precedono possono costituire utile preludio ad una dissertazione, sotto il profilo socio-giuridico-criminologico, sulla pena di morte.

La pena di morte è tutt'altro che utile e - men che meno - necessaria. Il delinquente, che si accinge a compiere un gravissimo crimine, non pensa, certo, alla pena, bensì ai mezzi per assicurarsi l'impunità. E, dunque, la pena capitale non è affatto uno strumento dissuasivo né mai si è mostrata tale nel corso dei secoli. E ciò emerge, emblematicamente, dalle ricerche storiche e dall'atteggiamento di tanti condannati, prima del supplizio. Livingston riferisce, in base ad osservazioni dirette su condannati a morte detenuti, che la maggioranza di essi non pensa affatto a prepararsi per il momento fatale. Ed aggiunge che, mentre taluno di essi è condotto al patibolo, coloro che attendono il proprio turno continuano a giocare ed a scherzare. Gioco e scherzo? Solo apparenze, giacché è chiaro che i suppliziandi vogliono, così, cercare di esorcizzare il pensiero di morte, "ingannando" la mente. E non è, codesto, un ulteriore indotto della disumanità della pena capitale?

Siffatta aneddotica potrebbe occupare volumi su volumi, talché non si addice allo spazio a disposizione in questa sede. Si deve, necessariamente, andare oltre e puntare l'attenzione sull'errore giudiziario. È bene tener, preliminarmente, presente che l'errore giudiziario non si risolve in termini di insufficiente preparazione, di imperizia, di negligenza dei giudicanti. Talvolta è, pur, così. Epperò, nella grande maggioranza dei casi, esso può derivare da inadeguate attività della polizia giudiziaria nella ricerca delle fonti di prova, da un difetto di attenzione del Pubblico Ministero, da una serie di tante circostanze, che finiscono con l'alterare il giudizio.

Soprattutto l'errore giudiziario, nell' infliggere la pena di morte, è una tragedia nella tragedia, giacché non vi è modo di provvedere in alcuna direzione, dal momento che il condannato è stato già sottoposto al supplizio. Ci sono stati, ci sono e ci saranno filosofi, scienziati, governanti

e tanti uomini di ogni contrada del mondo, convinti che la pena di morte sia un importante strumento di giustizia, un autentico baluardo di difesa della società, un rimedio universale contro i grandi malfattori, una fonte assoluta di terrore per essi. Ebbene, io lo nego fermamente. L' errore giudiziario è il più grande nemico della pena di morte.

PIERRE LUIGI MARIA DELL´OSSO

Ex Fiscal Antimafía de la República de Italia
(Procurador General de la República de Italia)

LA LEY DE EQUIDAD DIGITAL:
HACIA UN ENTORNO DIGITAL MÁS JUSTO PARA LOS CONSUMIDORES EN LA UE

Luz M. Martínez Velencoso
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Fecha de recepción: 08/04/2025
Fecha de aceptación: 25/04/2025

RESUMEN: El informe "Digital Fairness Check" de la Unión Europea evalúa la adecuación de la legislación de la UE para la protección del consumidor en el entorno digital. Este informe surge de la necesidad de desarrollar una Ley de Equidad Digital que aborde prácticas comerciales poco éticas como los patrones oscuros, el diseño adictivo de productos digitales y la elaboración de perfiles en línea. En este sentido, analiza la eficacia de tres Directivas clave de la Unión Europea: la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva sobre Derechos de los Consumidores y la Directiva sobre Cláusulas Contractuales Abusivas. Se destaca la necesidad de adaptar estas leyes al contexto digital actual, marcado por el uso creciente de la inteligencia artificial. Además, se subraya la importancia de la transparencia en los algoritmos y sistemas de IA para evitar la pérdida de confianza y garantizar la responsabilidad. Se trata de promover una IA explicable para que los procesos y decisiones sean comprensibles y auditables por las personas. El informe también aborda otras cuestiones como la necesidad de introducir una inversión de la carga de la prueba en beneficio de los consumidores, especialmente en aquellas situaciones donde solamente la empresa conoce el funcionamiento del servicio digital.

ABSTRACT: The European Union´s "Digital Fairness Check" report evaluates the adequacy of EU legislation for consumer protection in the digital environment. This report is aimed at developing a Digital Fairness Act that addresses unethical business practices such as dark patterns, addictive design of digital products and online profiling. In this regard, it analyses the effectiveness of three key EU Directives: the Unfair Commercial Practices Directive, the Consumer Rights Directive and the Unfair Contract Terms Directive. It highlights the need to adapt these legal norms to the current digital context, characterized by the increasing use of artificial intelligence. Additionally, it emphasizes the importance of transparency in algorithms and AI systems to avoid loss of trust and ensure accountability. The aim is to promote explainable AI so that processes and decisions are understandable and auditable by people. The report also addresses other issues such as the need to introduce a reversal of the burden of proof in favor of consumers, especially in situations where only the company knows how the digital service operates.

PALABRAS CLAVE: Equidad digital, protección jurídica de los consumidores en el mercado digital, patrones oscuros, transparencia.

KEYWORDS: Digital fairness, legal protection of consumers in the digital market, dark patterns, transparency.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La clasificación de productos por las grandes plataformas mediante el empleo de herramientas de inteligencia artificial ("machine learning"); 3. Prácticas desleales: los patrones oscuros; 4. Problemas derivados de las suscripciones; 5. Reflexiones finales; 6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 3 de octubre de 2024 se publicó el informe de la Comisión europea titulado "Digital Fairness Fitness Check: Evaluación de la adecuación de la legislación de la UE para la protección del consumidor en el entorno digital" (SWD(2024) 231 final). El mismo tiene su origen en la carta de fecha 17 de septiembre de 2024 enviada por la presidenta de la Unión Europea Ursula von der Leyen al Comisario europeo de Democracia, Justicia, Estado de Derecho y Protección de los Consumidores, donde se refiere a la necesidad de desarrollar una Ley de Equidad Digital que aborde aspectos como técnicas y prácticas comerciales poco éticas relacionadas con patrones oscuros, marketing por parte de "influencers" en redes sociales, el diseño adictivo de productos digitales y la elaboración de perfiles en línea, especialmente cuando se explotan las vulnerabilidades de los consumidores con fines comerciales.

Este informe, previa evaluación de la adecuación de las leyes de protección al consumidor al entorno digital, procede a valorar si es necesario realizar cambios para garantizar la equidad en el mercado digital. En el mismo se identifican una serie de prácticas desleales, como entre otros, los denominados "patrones oscuros", interfaces adictivas, la aceptación forzada de términos y condiciones o los procedimientos complejos de cancelación de suscripciones. Todas estas cuestiones deberán ser objeto de regulación por la futura Ley de equidad digital, que, según se aventura, podría acabar siendo no más que modificaciones de Reglamentos y Directivas anteriores.

El denominado "Digital Fairness Check" analizó en concreto la eficacia de tres Directivas clave de la Unión Europea en esta materia: la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva sobre derechos de los consumidores y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas[1] por las limitaciones que pueden presentar debido al desarrollo tecnológico, especialmente en el contexto del uso creciente de herramientas de inteligencia artificial ("machine learning", "profiling"…). Al respecto, hay que tener en cuenta que la legislación europea de consumo, que se remonta a la conocida Declaración Kennedy de 1962, se desarrolló en un contexto político y económico totalmente diferente del actual. En consecuencia, resulta procedente valorar si con estos esquemas legales se pueden afrontar los riesgos y problemas que se generan para los consumidores en una economía digital en desarrollo exponencial[2]. El "Digital Fairness Check" se encamina, en consecuencia, a una revisión del "acquis" en materia de protección del consumidor.

En el contexto legal, la denominada caja negra de la inteligencia artificial se refiere a la falta de transparencia y a las dificultades para comprender el funcionamiento de los algoritmos y sistemas de inteligencia artificial. Esta opacidad puede tener como resultado una pérdida de confianza por parte de los individuos y organizaciones en los sistemas de inteligencia artificial, además de que se puede dificultar la atribución de responsabilidad en el uso de esta en caso de errores o sesgos en los resultados. Además, sin transparencia, a la luz del principio de efectividad del Derecho de

[1] Respectivamente Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior." *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 149, 11 de junio de 2005, pp. 22-39; "Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores." *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 304, 22 de noviembre de 2011, pp. 64-88; Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores." *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 95, 21 de abril de 1993, pp. 29-34.

[2] Micklitz, H. W. et al. (2024) "Towards Digital Fairness", *Journal of European Consumer and Market Law*, *13*(1), p. 24. En el mismo sentido vid. Kas, B. (2024), "Ensuring Digital Fairness in EU Consumer Law through Fundamental Rights: Is the EU Charter Fit for Purpose?", en Helberger, N., et al. *Digital fairness for consumers*. European Consumer Organisation (BEUC), p. 137. En su opinión, la normativa de protección del consumidor se basa en la distinción entre consumidor y el empresario en la transacción bilateral. Además, el fabricante entra en juego cuando el producto genera ciertos riesgos que podrían desencadenar en una responsabilidad por producto defectuoso. Este es el modelo de la sociedad de consumo de los años 50 y 60 donde se desarrolla el acervo del Derecho de consumo actual en el que contrato y daño son los dos pilares fundamentales. La economía actual es diferente. Hay nuevos productos en el mercado (p.e. videojuegos) y nuevas formas de consumo (adquirir experiencias, acceder a relaciones sociales, …). Asimismo, otra de las características de este nuevo entorno digital es que se difuminan las fronteras entre consumidor y ciudadano.

consumo de la Unión Europea, éste no podrá cumplirse cuando las prácticas desleales están ocultas en algoritmos sofisticados que están detrás del diseño de sitios web[3].

Es por ello que se aboga por una IA explicable, de modo que se garantice que los procesos y decisiones de los sistemas de IA sean comprensibles y auditables por humanos ("fairness by design"). De otro modo, nos encontramos con el problema de privatización del Derecho de consumo debido al poder que adquiere la industria tecnológica en el desarrollo de un diseño cuya complejidad solamente puede revelarse desglosando las distintas capas que están detrás del mismo (p.e. en el asunto Google Shopping, el gigante tecnológico tuvo que revelar el funcionamiento de su algoritmo Panda). En esta línea, la Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales, pueden verse como intentos de someter al orden privado a nuevos niveles del escrutinio regulatorio, aunque estos textos legales solamente abordan de modo tangencial problemas de protección de consumidores. Conforme a los arts. 34 y 35 de la Ley de Servicios Digitales, es obligación de las plataformas y los motores de búsqueda identificar, analizar y evaluar diligentemente cualquier riesgo sistémico que sea resultado del diseño o del funcionamiento de los entornos de elección digital, incluidos los riesgos para la protección del consumidor, así como decidir las medidas de mitigación necesarias[4]. De igual modo, conforme al Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, los desarrolladores deben identificar y evaluar los riesgos potenciales asociados con sus sistemas de IA, así como también deben implementar medidas para mitigar estos riesgos, como la supervisión humana y la alta calidad de los conjuntos de datos.

Además, en este contexto debería adaptarse la carga de la prueba en beneficio de los usuarios que no disponen de medios para conocer el funcionamiento de estas tecnologías[5]. Los problemas de asimetría informativa aconsejan esta inversión de la carga de la prueba. Se le debería exigir al empresario una explicación razonable del funcionamiento de la tecnología, siguiendo el ejemplo de los arts. 13.2 (f) y 14.2 (g) del Reglamento General de Protección de Datos. Estas disposiciones se refieren a la toma de decisiones automatizada, debiendo informarse por parte del responsable del tratamiento al interesado sobre su existencia, incluida la elaboración de perfiles, así como proporcionar información significativa sobre la lógica aplicada, la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Trasladando esto al mercado digital, el empresario debería divulgar los criterios relevantes que se utilizan, sin que ello implique necesariamente una explicación completa de todos los detalles o la divulgación del algoritmo[6].

Sobre esta cuestión se pronuncia también el informe ELI sobre "Equidad Digital: Evaluación de la aptitud del Derecho de consumo"[7]. Los autores son partidarios de que se traslade la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos legales al comerciante en determinadas circunstancias, especialmente en aquellos casos en los que solamente la empresa conoce las complejidades de cómo funciona su servicio digital. En este sentido, en el artículo 12.2 y 3 de la Directiva de Servicios Digitales, la carga de la prueba de la conformidad del contenido y los servicios digitales recae en gran medida sobre el comerciante. También en la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se aborda este problema de la inversión de la carga de la prueba[8]. Ello resulta especialmente útil cuando se emplean herramientas de inteligencia artificial, en cuyo caso, se

[3] Rott, P. (2024), "Burden of Proof", en Helberger, N., et al. *Digital fairness for consumers*. European Consumer Organisation (BEUC), p. 257.

[4] Sax, M. (2024) "Digital vulnerability and manipulation in the emerging Digital Framework", en Helberger, N., et al. *Digital fairness for consumers*. European Consumer Organisation (BEUC), p. 15.

[5] Sobre este tema, cf. Micklitz, H. W. et al. (2024) "Towards Digital Fairness", *Journal of European Consumer and Market Law*, *13*(1), p. 25. En el Derecho español, según apunta Aroca, J. M. (2011), *La prueba en el proceso civil*. Thomson-Civitas, p. 134, como regla general el art. 217.2 y 3 de la LEC establecen la carga de la prueba de los hechos constitutivos al demandante y demandado reconveniente y la de los impeditivos y excluyentes al demandado o actor reconvenido. Ahora bien, en los procesos de consumo, deben tenerse en cuenta normas especiales que distribuyen la carga de la prueba según la facilidad probatoria y la posibilidad de acceso de cada una de las partes a ella.

[6] Rott, P. (2024), "Burden of Proof", en Helberger, N., et al. *Digital fairness for consumers*. European Consumer Organisation (BEUC), p. 257.

[7] Jull Sørensen, M., Rott, P., Sein, K. (2023). "Response of the European Law Institute: European's Public Consultation on Digital Fairness–Fitness Check of Consumer Law", disponible en https://ssrn.com/abstract=4548650, p. 37.

[8] Vid. Considerando (42): "(…) las personas que reclamen una indemnización por daños se encuentran a menudo en una desventaja significativa frente a los fabricantes en cuanto al acceso a la información sobre cómo se ha fabricado un producto y cómo funciona, y en cuanto a la comprensión de esta información. Dicha asimetría de la información puede menoscabar el reparto equitativo del riesgo, en particular en los casos de complejidad técnica o científica".

debería explicar el funcionamiento del algoritmo. En este ámbito, el papel de la protección de los secretos comerciales no puede ser el de una barrera infranqueable tras la que se parapete el profesional, sino más bien en el sentido del art. 9.4 de la arriba citada Directiva, en el ámbito de la exhibición de la prueba de modo protegido para evitar su revelación[9].

Finalmente, el "Digital Fitness Check" apunta que, pese a las ventajas de un enfoque basado en principios, las disposiciones de las Directivas de la UE a veces carecen de la concreción necesaria para su efectiva aplicación práctica, especialmente en el contexto de la incertidumbre jurídica respecto a las prácticas comerciales en el mercado digital. A ello puede contribuir también la falta de jurisprudencia nacional y del TJUE sobre la aplicación de las Directivas de consumo en el entorno digital, lo que deja la legislación de consumo de la UE en gran medida infrautilizada a la hora de cumplir con sus objetivos iniciales.

2. LA CLASIFICACIÓN DE PRODUCTOS POR LAS GRANDES PLATAFORMAS MEDIANTE EL EMPLEO DE HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ("MACHINE LEARNING")

Cuando se piensa en el tema de los riesgos que el empleo de técnicas de inteligencia artificial puede suponer para los consumidores en el mercado digital la mirada se dirige al Reglamento de Inteligencia artificial[10], aunque hay normas efectivas para combatir estos riesgos en la anteriormente aprobada Ley de Mercados Digitales[11]. La mencionada Ley de Mercados Digitales contiene numerosas obligaciones para los guardianes de acceso, grandes plataformas en línea como Google o Amazon. P.e., cuando se realiza una búsqueda de un producto en Amazon, las ofertas resultantes se clasifican en función de un modelo de aprendizaje ("ML learning to rank") que tiene en cuenta una variedad de factores. Así, Amazon monitorea entre otros factores, cuánto tiempo pasan los usuarios en la página de un producto y cuántas veces abandonan la página sin realizar una compra. Estos factores forman parte del algoritmo A9 de Amazon, que se encarga precisamente de clasificar los productos mostrados a los usuarios cuando realizan una búsqueda. La ventaja competitiva de las grandes plataformas reside precisamente en su capacidad para elaborar dichas clasificaciones ("rankings") de manera rápida, significativa y personalizada.

En cuanto al impacto de la Ley de Mercados Digitales en la consecución de la denominada justicia digital podemos señalar varios aspectos, en primer lugar, la necesidad de transparencia, en segundo lugar, que las clasificaciones sean justas ("fair"), en tercer lugar, el régimen de gobernanza de los datos de entrenamiento, y en cuarto lugar, los deberes de información en relación con los anuncios.

a) Transparencia

En cuanto a la transparencia, el denominado Reglamento P2B[12] tiene como objetivo crear un entorno justo, transparente y predecible para las pequeñas empresas que se ven obligadas a depender de los motores de búsqueda y otros servicios de intermediación en línea para llevar a cabo sus actividades en el mercado digital.

De acuerdo con el art. 5.1 y 2, los proveedores de servicios de intermediación en línea deben divulgar los principales parámetros que determinan la clasificación.

---

[9] Rott, P. (2024), "Burden of Proof", en Helberger, N., et al. *Digital fairness for consumers*. European Consumer Organisation (BEUC), p. 258.

[10] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2024 sobre Inteligencia Artificial. Diario Oficial de la Unión Europea, L 186, 11.7.2024, pp. 57–79.

[11] Reglamento (UE) 2020/1026 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2020 sobre mercados digitales (Ley de Mercados Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea, L 340, 1.12.2020, pp. 1-31. Sobre esta cuestión en el debate doctrinal vid. Hacker, P., Cordes, J., Rochon, J. (2024). "Regulating Gatekeeper Artificial Intelligence and Data: Transparency, Access and Fairness under the Digital Markets Act, the General Data Protection Regulation and Beyond", *European Journal of Risk Regulation*, 15(1), p. 51.

[12] Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre la promoción de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea." Diario Oficial de la Unión Europea, L 186, 11 de julio de 2019, pp. 57–79.

Artículo 5. Clasificación

1. Los proveedores de servicios de intermediación en línea señalarán en sus condiciones generales los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por lo que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros.

2. Los proveedores de motores de búsqueda en línea expondrán los parámetros principales que, de forma individual o colectiva, sean más significativos a la hora de determinar la clasificación y la importancia relativa de esos parámetros principales, presentando una descripción de acceso fácil y público, redactada de manera sencilla y comprensible, en los motores de búsqueda en línea que ofrecen. La descripción debe mantenerse actualizada.

Asimismo, el nuevo art. 6 bis de la Directiva sobre los Derechos de los consumidores[13] establece que el proveedor del mercado en línea debe divulgar los principales parámetros para las clasificaciones basadas en las consultas de búsqueda de los consumidores y su ponderación relativa.

Artículo 6 bis. Requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea

1. Antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia:

a) información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación, tal como se define en el artículo 2, apartado 1, letra m), de la Directiva 2005/29/CE, de las ofertas presentadas al consumidor como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros parámetros.

En la misma línea, en el nuevo art. 7.4 bis de la Directiva sobre prácticas comerciales califica la información obligatoria sobre los principales parámetros establecidos en el art. 6 bis de la Directiva sobre los Derechos de los consumidores como información esencial en el sentido de la prohibición de información engañosa.

Artículo 7. Omisiones engañosas

4 bis. Cuando se ofrezca a los consumidores la posibilidad de buscar productos ofrecidos por distintos comerciantes o consumidores sobre la base de una consulta en forma de palabra clave, expresión u otro tipo de dato introducido, independientemente de dónde se realicen las transacciones en último término, se considerará esencial facilitar, en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten los resultados de la búsqueda, información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de los productos presentados al consumidor como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros. El presente apartado no se aplicará a proveedores de motores de búsqueda en línea, tal como se definen en el artículo 2, punto 6, del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Además, según el punto 11 bis del Anexo 1, se considera práctica desleal cuando no son claramente divulgados por el proveedor del mercado en línea los pagos realizados o la publicidad remunerada a fin de lograr una posición de clasificación más alta. Dichas categorías de clasificación ahora deben identificarse de modo inequívoco como "patrocinadas" o de modo simular.

Anexo 1. Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia

11 bis). Facilitar resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos

[13] Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea, L 304/64.

específicamente a que los productos obtengan una clasificación superior en los resultados de las búsquedas.

El Reglamento General de Protección de Datos[14] regula la transparencia como uno de los principios esenciales de la protección de datos, conforme al art. 5.1.a) de la norma. Este principio opera principalmente a través de los derechos de información (arts. 12-14 RGPD) y de acceso (art. 15 RGPD). Para cualquier toma de decisiones automatizada (incluyendo la elaboración de perfiles), los responsables del tratamiento de datos están obligados a divulgar información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias de dicho procesamiento para el interesado.

Sobre este tema conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2025[15], que tiene por objeto determinar el alcance del derecho de acceso a los datos personales en virtud del art. 15 RGPD, especialmente en lo que respecta a la toma de decisiones automatizada y el adecuado equilibrio entre informar a los interesados y la protección de los secretos comerciales.

En cuanto a los antecedentes de hecho: a un individuo ("CK") se le negó la posibilidad de contratar un servicio de telefonía móvil porque el operador de la red móvil determinó que no tenía suficiente solvencia financiera. Para la evaluación de la solvencia del cliente la mencionada empresa tomó como referencia una evaluación crediticia automatizada proporcionada por "Dun&Bradstreet Austria GmbH" ("D&B"). Después de que "CK" presentara una reclamación ante la autoridad austriaca de protección de datos, se ordenó a "D&B" que divulgara al cliente la información significativa sobre la lógica involucrada en la decisión automatizada en virtud del art. 15.1 h) RGPD. "D&B" respondió a la solicitud, pero retuvo cierta información alegando que estaba protegida como secreto comercial y, por lo tanto, no era necesario divulgarla. Esta afirmación se sustentaba en un precepto de la ley austríaca que excluía el derecho de acceso del interesado cuando el acceso comprometiera un secreto comercial de un tercero.

El TJUE dictamina que, en los supuestos de toma de decisiones automatizadas, los responsables del tratamiento deben proporcionar explicaciones concisas, transparentes, inteligibles y fácilmente accesibles sobre el procedimiento y los principios "concretamente aplicados para explotar, de forma automatizada, los datos personales relativos al interesado con el fin de obtener un resultado determinado, como un perfil de solvencia" (párrafo 38). El TJUE establece que la descripción debe permitir al interesado comprender qué datos personales suyos se han empleado en la toma de decisiones automatizada, pero no proporciona más detalles sobre cómo los responsables del tratamiento deben describir "el procedimiento y los principios".

El TJUE sostiene que cualquier explicación proporcionada a los interesados debe detallar claramente qué datos personales fueron utilizados por el responsable del tratamiento y cómo se utilizaron. En casos que involucren perfilado, puede bastar con que el responsable del tratamiento explique cómo el resultado podría haber variado si se hubieran tenido en cuenta diferentes tipos de datos personales como parte del proceso de toma de decisiones automatizado.

Asimismo, en opinión del TJUE en esta sentencia, los responsables del tratamiento no pueden cumplir con el art. 15.1 h) mediante una "mera comunicación de una fórmula matemática compleja, como un algoritmo, ni la descripción detallada de todas las etapas de la adopción de una decisión automatizada" (párrafo 59), al no constituir esto una explicación suficientemente concisa e inteligible.

Por otro lado, en relación con las tensiones que se generan entre los derechos de los interesados y la protección de los secretos comerciales por parte del responsable del tratamiento, el TJUE afirma que el derecho a la protección de datos personales no es absoluto, sino que debe mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. Sin embargo, ello no puede justificar una negativa general por parte del responsable del tratamiento a proporcionar a los interesados acceso a la información significativa. En opinión del Tribunal, "(s)iempre que sea posible, ha de optarse por modalidades de comunicación de datos personales que

[14] 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. Diario Oficial de la Unión Europea, L 119/1.
[15] Nº de Recurso: C-203/2022. ECLI: *EU:C:2025:117*

no vulneren los derechos o libertades de otros, teniendo en cuenta que, como se desprende del considerando 63 del RGPD, esas consideraciones no deben «tener como resultado la negativa a prestar toda la información al interesado» (sentencia de 4 de mayo de 2023, Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF, C-487/21, EU:C:2023:369, apartado 44)" (párrafo 72).

Finalmente, concluye el TJUE que "un Estado miembro no puede establecer con carácter definitivo el resultado de la ponderación que debe hacerse en cada caso de los derechos e intereses en conflicto exigida por el Derecho de la Unión (párrafo 75)", como hace la disposición austríaca que excluye el derecho de acceso cuando podría comprometer un secreto comercial.

En conclusión, según se desprende de la doctrina contenida en esta Sentencia, las empresas que procesan datos personales para la toma de decisiones automatizada deben asegurarse de poder proporcionar explicaciones claras y significativas sobre las decisiones que tienen efectos legales o similares sobre los interesados. Este requisito deviene crucial en el tema de la gobernanza de datos, especialmente en el contexto de la creciente implementación de aplicaciones comerciales de inteligencia artificial. Además, las entidades no podrán simplemente invocar la existencia de secretos comerciales para negar a los interesados el acceso a la información, y no se trata de divulgar el algoritmo en sí, como se ha mencionado anteriormente.

Por su parte, la Ley de Mercados Digitales, contiene requisitos específicos de transparencia para las clasificaciones en su art. 6.5.

> Artículo 6. Obligaciones de los guardianes de acceso que pueden ser especificadas con mayor detalle en virtud del artículo 8.
>
> 5. El guardián de acceso no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación.

Por último, el Reglamento de Inteligencia Artificial[16] tiene por objeto fomentar una inteligencia artificial confiable, de la cual, la transparencia es un elemento clave. Así, según el art. 15.1 Reglamento IA: "Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que alcancen un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad y funcionen de manera uniforme en esos sentidos durante todo su ciclo de vida".

La doctrina contenida en la anteriormente citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 2025 debe también valorarse a la luz del art. 86 del Reglamento de Inteligencia artificial que establece que:

> "Toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada".

En conclusión, en este nuevo mercado digital donde se emplean herramientas de inteligencia artificial, los consumidores están interesados en asegurarse de que las clasificaciones creadas por los guardianes de acceso reflejen sus propios intereses y preferencias y no los de aquél. Para este fin, es de gran importancia que se empleen características verdaderamente relevantes y que esa información se pueda conocer por el consumidor.

Conviene traer a colación dos casos relevantes en relación con esta problemática: i) "Caso Google Shopping"; ii) "Buy Box de Amazon".

[16] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a la Ley de Servicios Digitales. Diario Oficial de la Unión Europea, L 277/1.

El asunto "Google Shopping" tienen tu origen en el diseño tecnológico del servicio "Google Shopping" de modo que, al introducir los términos de búsqueda relacionados con productos, tanto en la búsqueda general como a través de la "pestaña de compras", el motor de búsqueda mostraba productos de diversos proveedores junto a sus precios. En la búsqueda general, estos resultados se encontraban en un área delimitada de "contenido patrocinado" por encima de los resultados reales de búsqueda en la red. Después de una investigación que se prolongó durante siete años aproximadamente, en 2017 la Comisión dictaminó que Google había infringido el Tratado de Funcionamiento de la UE (en concreto, su art. 102) debido a este diseño tecnológico (mediante la aplicación de algoritmos de ajuste). Concluyó que Google ostentaba una posición dominante en el mercado de los servicios de búsqueda general y en el mercado de los servicios de comparación de compras en línea. Por ello, le impuso una multa de más de dos millones de euros. Finalmente, el TJUE en su sentencia de 10 de septiembre de 2004 (Asunto C-48/22 P) confirmó la multa impuesta a Google por abuso de posición dominante en su servicio de comparación de productos. Según se indica en la Sentencia (párrafo 267), el abuso identificado por la Comisión consistió en el posicionamiento y la presentación más favorables que Google otorgaba a su propio comparador de productos en la página de su motor de búsqueda general, en detrimento de los comparadores de productos de la competencia. La Comisión observó que, dado que la capacidad de un comparador de productos para competir dependía del tráfico, este comportamiento discriminatorio de Google tuvo un impacto significativo en la competencia, permitiendo a Google desviar una gran proporción del tráfico hacia su propio comparador de productos. Los competidores no pudieron compensar esta pérdida de tráfico recurriendo a otras fuentes, ya que una mayor inversión en fuentes alternativas no habría sido una solución económicamente viable.

Por otro lado, en el caso de Amazon, las dudas se generaron sobre el diseño tecnológico de la llamada "Buy Box". Se trata de un recuadro situado en la parte superior derecha de la página de detalle de un producto en Amazon, donde los clientes inician el proceso de compra al agregar un artículo a su carrito. Si un vendedor aparece en la "Buy Box" significa que es el vendedor principal de este producto específico, obteniendo la mayoría de las ventas de este. Amazon selecciona a los vendedores que participan en la "Buy Box" priorizando a aquellos que se anuncian en su plataforma, exigiéndoles que no ofrezcan esos productos en sus propios sitios web a un precio inferior al de Amazon.

Asimismo, Amazon diseña sus algoritmos para beneficiar a los vendedores que participan en su programa "Fulfillment by Amazon" y que pagan tarifas sustanciales por almacenamiento de inventario, embalaje, envío, devoluciones y otros servicios en su plataforma.

La Comisión europea inició un procedimiento en el asunto AT. 40703 para investigar las prácticas comerciales de Amazon relacionadas con: i) las condiciones y criterios que rigen la selección de la oferta que aparece en la "Buy Box" y ii) las condiciones necesarias para que los vendedores terceros puedan optar a "Prime" y sus ofertas se vinculen, pues, a la etiqueta "Prime".

Tras realizar esta investigación, el 15 de junio de 2022, la Comisión adoptó un análisis preliminar en el que exponía sus preocupaciones. El 20 de julio se publicó en el Diario Oficial una comunicación con los compromisos iniciales y, posteriormente, el 22 de noviembre de 2022, se publicaron los compromisos definitivos.

En particular, Amazon se comprometió a mostrar una segunda oferta competitiva en la "Buy Box" si esta segunda oferta es significativamente diferente de la inicial. Esta segunda oferta podría proceder de un vendedor diferente y podría tener un precio más bajo o una opción de entrega más rápida. Estos compromisos estarán vigentes en Europa durante 7 años. El cumplimiento de estas medidas estará bajo la supervisión de la Comisión. En caso de incumplimiento, la Comisión podría imponer una multa de hasta el 10% del volumen de negocio total actual de Amazon o una penalización periódica del 5% del volumen de negocio diario de Amazon por cada día de incumplimiento.

Ambos casos ponen de manifiesto la importancia de la implementación de una normativa europea que garantice un mercado justo y equitativo. En las dos situaciones se pone de manifiesto cómo las grandes empresas tecnológicas pueden utilizar su posición dominante para favorecer sus propios servicios y productos, valiéndose del diseño tecnológico, en detrimento de la competencia. Asimismo, estos casos revelan la necesidad de una supervisión continua y rigurosa de las prácticas

comerciales de las grandes plataformas tecnológicas para proteger la competencia y garantizar que los consumidores tengan acceso a una variedad de opciones justas y competitivas.

b) Clasificaciones justas ("fair")

Como se ha mencionado con anterioridad, las grandes plataformas pueden moldear las clasificaciones a su favor, perjudicando a sus competidores y, por lo tanto, distorsionando la competencia (Casos "Google Shopping" y "Amazon Buy Box").

Para que se respete la equidad será necesario el cumplimiento de una serie de requisitos: 1) el guardián de acceso no puede favorecer sus productos o servicios sobre los de terceros en una clasificación (art. 6.5 de la Ley de Mercados Digitales); 2) la clasificación debe ser transparente en general; 3) debe ser justa y no discriminatoria.

En el caso de que la posición de clasificación de un producto dependa de si la empresa ha firmado un acuerdo de exclusividad con el guardián, tal clasificación también constituye discriminación en el sentido del art. 6.5 de la Ley de Mercados Digitales.

Cualquier distinción debe ser objetivamente justificable para cumplir con las exigencias impuestas por el art. 6.5 de la Ley de Mercados Digitales. Es decir, la clasificación debe basarse en criterios relevantes para la comparación de productos clasificados con el fin de facilitar una decisión económica racional de los consumidores. Si, por ejemplo, la clasificación se basa en si los usuarios comerciales utilizan los canales logísticos del guardián de acceso (política de "Fulfilment by Amazon"), la mencionada clasificación constituye una discriminación prohibida que solo puede justificarse en casos excepcionales.

Los requisitos legales mencionados deben implementarse técnicamente en los modelos de clasificación. La prohibición de la auto-preferencia, la transparencia y los requisitos de no discriminación deben estar operativos para que el algoritmo que crea la clasificación los tenga en cuenta en cumplimiento de las citadas exigencias legales.

c) Datos de entrenamiento

El art. 5.2 de la Ley de Mercados Digitales contiene una serie de disposiciones relacionadas con el uso de datos personales de los usuarios finales en servicios interconectados.
Varias situaciones son posibles, por ejemplo: a) Amazon comparte información sobre los hábitos de compra y preferencias de los usuarios con empresas publicitarias para que muestren anuncios más relevantes en sitios web y aplicaciones de terceros. b) Otro ejemplo es el uso de "inicio de sesión con Amazon", este servicio permite a los usuarios iniciar sesión en aplicaciones y sitios web de terceros empleando las credenciales de Amazon. De este modo, la plataforma puede compartir ciertos datos personales con estos terceros, como nombre, dirección de correo electrónico, etc. con el fin de personalizar la experiencia de los usuarios en esos servicios. c) Asimismo, pensemos que se trata una aplicación de terceros (por ejemplo, de fitness) que se integra en "Amazon Web Services", en estos casos esta aplicación recopila datos personales sobre el usuario, como su historial de compras o su experiencia de navegación (en el caso concreto sobre hábitos de ejercicio y nutrición). Luego la plataforma no podría legalmente emplear estos datos para mostrar anuncios de productos de salud y nutrición en Amazon. d) Cuando un usuario accede al servicio de streaming de Amazon Prime Video, Amazon recopila datos sobre las películas y series que ve, sobre sus géneros favoritos y las calificaciones que da a los contenidos. Amazon estaría interesado en usar esa información para personalizar las recomendaciones de productos a los usuarios de la plataforma.
Según establece el citado art. 5.2 de la ley de Mercados Digitales:

> El guardián de acceso se abstendrá de realizar lo siguiente:
>
> a) tratar, con el fin de prestar servicios de publicidad en línea, los datos personales de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros que hagan uso de servicios básicos de plataforma del guardián de acceso;

b) combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma pertinentes con datos personales procedentes de cualesquiera servicios básicos de plataforma adicionales o de cualquier otro servicio que proporcione el guardián de acceso o con datos personales procedentes de servicios de terceros;
c) cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, entre ellos otros servicios básicos de plataforma, y viceversa, y
d) iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales;
salvo que se le haya presentado al usuario final esa opción específica y este haya dado su consentimiento en el sentido del artículo 4, punto 11, y del artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679.

Dentro de esta prohibición se debería incluir las llamadas estrategias de aprendizaje federado, en las que los datos permanecen formalmente separados pero la información obtenida de ellos se combina en un único modelo de IA[17].
Si bien estas nuevas reglas tienen el potencial de afectar significativamente las prácticas de gestión de datos de los guardianes, el impacto práctico se ve considerablemente disminuido por la exención introducida en el mismo artículo, que permite que estas actividades de procesamiento se realicen si se ha obtenido el consentimiento del usuario final conforme al RGPD.
Esta previsión genera cierta incertidumbre, ya que se presentan numerosos problemas legales y de comportamiento relacionados con la obtención de un consentimiento válido y significativo bajo el RGPD. Estos problemas están principalmente relacionados con prácticas como la persuasión, la combinación de propósitos, la ignorancia racional y la "fatiga del consentimiento", que efectivamente causan que los individuos simplemente acepten cualquier forma de procesamiento sin siquiera intentar entender sus implicaciones ("privacy paradox"). No obstante, conviene tener presente la doctrina contenida en la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2024, Asunto C-446/21 ("Schrems v. Meta"). Según se desprende de la Sentencia, "Meta" no puede utilizar los datos personales obtenidos de los usuarios para fines de publicidad personalizada sin restricciones en cuanto al tiempo y sin distinción en cuanto al tipo de datos. Asimismo, de acuerdo con el principio de minimización de datos, solamente deberían recopilarse y procesarse los datos personales que sean estrictamente necesarios para los fines específicos para los que se recogen. De este modo, "Meta" debe revisar sus prácticas de recopilación de datos para cumplir con este principio, evitando la recopilación excesiva de datos personales. Por último, en cuanto al respeto del principio de transparencia, "Meta" debe proporcionar información clara y comprensible a los usuarios sobre qué datos se recopilan, cómo se utilizan y con qué fines.

d) Deberes de información en relación con la publicidad

La Ley de Mercados Digitales persigue combatir la falta de transparencia en el contexto de las subastas de publicidad en tiempo real, pero no desde el punto de vista de los destinatarios, sino de los anunciantes y los editores. Los artículos 5 y 6 de la citada Ley contienen varios requisitos de información para los guardianes de acceso con respecto a sus prácticas publicitarias.

Su principal objetivo es contrarrestar la asimetría de información entre las plataformas y los usuarios comerciales en lo que respecta a las condiciones y el funcionamiento de los anuncios. En la realidad actual del mercado, la publicidad constituye la fuente central de ingresos para la mayoría de las plataformas, incluidos los guardianes de acceso, así como sus competidores. La recopilación masiva de datos por parte de los gigantes tecnológicos como Google puede crear obstáculos a la libre competencia y dificultar la entrada de nuevos actores en el mercado. En efecto, al tener acceso a una gran cantidad de datos resultantes de las consultas de los usuarios, este tipo de empresas pueden influir significativamente en el mercado, estableciendo barreras de acceso para los competidores.

[17] Vid. Hacker, P., Cordes, J., Rochon, J. (2024). "Regulating Gatekeeper Artificial Intelligence and Data: Transparency, Access and Fairness under the Digital Markets Act, the General Data Protection Regulation and Beyond", *European Journal of Risk Regulation*, 15(1), p. 74.

El art. 9 de la Ley de Mercados Digitales en sus apartados 9 y 10 obliga a los guardianes de acceso a divulgar tanto a los anunciantes como a los editores, respectivamente, previa solicitud, las métricas utilizadas para calcular los precios, tarifas y remuneraciones por cada anuncio colocado o mostrado.

Asimismo, el artículo 6.8 de la Ley de Mercados Digitales exige a los guardianes que divulguen a los anunciantes y editores las herramientas que utilizan para medir el rendimiento de la publicidad. Entre otras, la denominada tasa de conversión (se trata de un indicador que mide el porcentaje de usuarios que realizan una acción deseada después de interactuar con un anuncio. Esta acción deseada puede variar dependiendo del objetivo de la campaña publicitaria: compras, registros, descargas, clicks…).

Además, conforme al art. 6.5 de la Ley de Mercados Digitales:

> "El guardián de acceso no tratará más favorablemente, ni en la clasificación ni en las funciones relacionadas de indexado y rastreo, a los servicios y productos ofrecidos por el propio guardián de acceso que a los servicios o productos similares de terceros. El guardián de acceso aplicará condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias a dicha clasificación".

Ello se aplica independientemente de los medios técnicos utilizados, lo que hace que el alcance sea muy amplio. En este sentido, el considerando (52) de la Ley de Mercados Digitales estipula que "(p)ara garantizar que esta obligación sea efectiva, las condiciones que se aplican a dicha clasificación también deben ser, en general, justas y transparentes. En este sentido, la clasificación debe comprender todas las formas de prominencia relativa, entre las que se incluyen la visualización, la valoración, la generación de enlaces o los resultados de voz, (…)".

En definitiva, el objetivo general de la Ley de Mercados Digitales de garantizar una mayor transparencia en el mercado publicitario y en los sistemas de IA utilizados debe valorarse positivamente, tanto desde la perspectiva de defensa de la competencia, como de implementación de la equidad en el mercado digital.

Asimismo, sobre la importancia de la transparencia y la protección de datos en la publicidad en línea merece citarse la STJUE 22 septiembre 2023, IAB Europe (Asunto C-640/22) que, sin duda, sienta precedente sobre esta cuestión.

Esta sentencia resuelve sobre una práctica llevada a cabo por IAB Europa en relación con la publicidad en línea. IAB Europa es una asociación sin ánimo de lucro, establecida en Bélgica, que representa a las empresas del sector de la publicidad y del marketing digitales a nivel europeo. Esta entidad había elaborado una herramienta para adecuar este sistema de subastas al Reglamento general de protección de datos (denominada "TC String"). Se trataba de lo siguiente: cuando un usuario consulta un sitio web o una aplicación por primera vez, aparece una plataforma de gestión del consentimiento en una ventana emergente para permitir que el usuario consienta o rechace el ulterior procesamiento de sus datos personales para fines determinados, por ejemplo, para marketing o publicidad. Las preferencias del usuario son codificadas y almacenadas en una cadena compuesta por una composición de letras y caracteres. Esta información, denominada por la empresa "TC Sting" se comparte con "data brokers" y plataformas de publicidad que participan en el protocolo "OpenRTB" para que estos actores puedan adaptar su procesamiento en función de la "TC String". Cuando se abre la plataforma de gestión del consentimiento se coloca una cookie en el dispositivo del usuario (euroconsent-v2). Al combinar la "TC String" con la citada cookie, la "TC String" puede vincularse a la dirección IP del usuario.

Una de las cuestiones prejudiciales que se plantean al TJUE es si la denominada "TC String" es un dato personal. La pregunta se plantea a la luz de los roles que desempeñan las dos partes, por un lado, IAB Europa antes descrita y por el otro, los participantes en el protocolo "OpenRTB", es decir, las partes que han implementado aquel instrumento en sus sitios web o en sus aplicaciones y que tienen acceso a esta información.

En opinión del TJUE, para que una información sea conceptuada como dato personal no es necesario que aquella permita que el sujeto sea identificado. Añade el Tribunal que no se requiere que toda la información que permita la identificación esté en manos de una sola persona. "(T)ambién consta que, cuando la información contenida en una TC String se asocia con un

identificador, como, en particular, la dirección IP del dispositivo de tal usuario, puede permitir crear un perfil de dicho usuario e identificar efectivamente a la persona a que se refiere específicamente tal información" (párrafo 44). Continúa afirmando que: "En la medida en que el hecho de asociar una cadena compuesta por una combinación de letras y caracteres, como la TC String, con datos adicionales, en particular con la dirección IP del dispositivo de un usuario o con otros identificadores, permite identificar a dicho usuario, procede considerar que la TC String contiene información sobre un usuario identificable, por lo que constituye un dato personal, en el sentido del artículo 4, punto 1, del RGPD, lo que viene corroborado por el considerando 30 del RGPD, que se refiere expresamente a este supuesto" (párrafo 45). Concluye que "IAB Europe dispone, de conformidad con lo expuesto en el considerando 26 del RGPD, de medios razonables que le permiten identificar a una persona física determinada a partir de una TC String gracias a la información que sus miembros y otras organizaciones que participan en el TCF están obligados a facilitarle" (párrafo 49).

Esta sentencia debe valorarse positivamente desde la perspectiva de una mejor protección de los ciudadanos en lo que respecta a la protección de sus datos personales. La elaboración de perfiles, incluso cuando no es posible deducir la identidad de un individuo sobre la base de los datos disponibles, pone en peligro la autonomía de la persona que es un valor fundamental protegido por la normativa de protección de datos personales[18].

En otro orden de ideas, en el antes citado informe ELI se plantea la posibilidad de establecer límites en los parámetros que se pueden usar en el algoritmo creado para dirigir los anuncios. En este sentido, el legislador podría decidir, por ejemplo, que los datos sobre valores, situación emocional, preferencias políticas, etc., no puedan formar parte de los datos utilizados en el algoritmo de personalización de anuncios. Además, si se proporciona al consumidor la opción de elegir anuncios no personalizados y se opta por esta posibilidad, *de lege ferenda* se debería establecer la prohibición de aumentar el precio por el uso del servicio digital en este caso[19].

Una cuestión relacionada con los anuncios personalizados es la también personalizada fijación de precios. El propósito de esta práctica es encontrar el precio más alto que un consumidor en particular (o grupos de consumidores) está dispuesto a pagar por un producto específico. La posibilidad de lucrarse mediante la fijación de precios personalizados es realmente efectiva en el ámbito digital, ya que se pueden tener en cuenta muchos más parámetros, lo que la hace no transparente y muy personal, y por lo tanto, potencialmente susceptible de explotar las necesidades del consumidor.

Por ejemplo, se podría ajustar el precio de un producto o servicio según la supuesta disposición del usuario a pagarlo. Esto podría basarse en factores como el modelo de su teléfono móvil, el nivel de batería del dispositivo o el número de visitas a una página web. Esta fijación dinámica de precios impulsada por la inteligencia artificial puede plantear problemas éticos y afectar la interacción crucial entre el derecho legítimo de los agentes en el mercado a obtener beneficios económicos y el respeto a la transparencia y la equidad, esenciales para la protección de los consumidores[20].

3. PRÁCTICAS DESLEALES: LOS PATRONES OSCUROS.

Los denominados "patrones oscuros" ("dark patterns") se han vuelto cada vez más comunes en el diseño de interfaces de las empresas que operan en Internet. Estas prácticas incluyen, entre otras, trampas de suscripción, ocultación de información sobre tarifas, preselección de opciones por defecto, insistencia molesta ("nagging"), pagos inconscientes fraccionados, anuncios disfrazados, desorientación, hacer que el usuario se sienta culpable por no aceptar una oferta ("confirmshaming") o fatiga del usuario (p.e., mostrar repetidamente ventanas emergentes que

[18] Stalla-Bourdillon, S. (2025). "Identifiability, as a Data Risk: Is a Uniform Approach to Anonymisation About to Emerge in the EU?" disponible en https://ssrn.com/abstract=5118064, p. 12.

[19] Jull Sørensen, M., Rott, P., Sein, K. (2023). "Response of the European Law Institute: European's Public Consultation on Digital Fairness–Fitness Check of Consumer Law", disponible en https://ssrn.com/abstract=4548650, p. 23.

[20] Gazi, M. S., Hasan, M. R., Gurung, N. & Mitra, A., (2024). "Ethical Considerations in AI-driven Dynamic Pricing in the USA: Balancing Profit Maximization with Consumer Fairness and Transparency», *Journal of Economics, Finance and Accounting Studies*, 6(2), pp. 100 -111. Jabłonowska, A., Kuziemski, M., Nowak, A. M., Micklitz, H. W., Pałka, P., Sartor, G., (2018). "Consumer law and artificial intelligence», *EUI Department of Law Research Paper*, 11, https://artsy.eui.eu/wpcontent/uploads/sites/37/2018/07/ARTSY-Final-Report.pdf.

solicitan suscribirse a un servicio o aceptar términos y condiciones, hasta que finalmente el usuario acepta para poder continuar con su actividad).

Estas prácticas engañosas, diseñadas para manipular a los usuarios, pueden tener como consecuencia daños monetarios o violaciones de la privacidad. En este segundo caso, se trata de obtener información personal de los usuarios por parte de los proveedores de servicios "gratuitos". Estas técnicas se ven cada vez más perfeccionadas por el uso de herramientas de inteligencia artificial, lo cual presenta nuevos desafíos para el legislador.

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, debe considerarse como el punto de partida para abordar el problema de los patrones oscuros en el "acquis communautaire". Aunque este texto legal no menciona explícitamente los patrones oscuros, la Comisión Europea considera que los principios legales contenidos en esta Directiva podrían ser útiles para resolver los problemas derivados del uso de tales técnicas[21].

El Comité Europeo de Protección de Datos ha publicado las «Directrices 03/2022 sobre patrones oscuros en interfaces de redes sociales. Cómo reconocerlos y evitarlos» de 24 de febrero de 2023[22]. En este documento se señala que estas prácticas pueden presentarse al usuario en operaciones de tratamiento de diverso tipo, como durante el proceso de registro o alta en una red social, al iniciar sesión o también en otros escenarios como en la configuración de las opciones de privacidad, en los banners de cookies, durante el proceso de ejercicio de derechos, en el contenido de una comunicación informando sobre una brecha de datos personales o incluso al intentar darse de baja de la plataforma. Todos estos supuestos supondrían una vulneración del art. 5.1 RGPD que establece que los datos personales deben ser tratados de manera lícita, leal y transparente (necesario respecto a los principios de «licitud, lealtad y transparencia»). Además, si se emplean patrones oscuros para obtener el consentimiento que legitime el tratamiento de datos personales, podríamos encontrarnos ante una falta de base legal para el tratamiento (art. 6.1.a) Reglamento (UE) 2016/679)[23].

La Directiva sobre los Derechos de los consumidores impone obligaciones de información que deben cumplirse antes de la celebración de un contrato, mientras que en la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas se exige que estén redactadas en un lenguaje claro y comprensible. Por lo tanto, los patrones oscuros que impliquen falta de transparencia o claridad en las condiciones o la información contractual que debe suministrarse a los consumidores serían contrarios a estos dos textos legislativos.

En otros textos de Derecho europeo ya se ha regulado expresamente esta cuestión. Es el caso de la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE y que tiene por objeto, entre otros, evitar que los comerciantes, cuando celebren contratos de servicios financieros a distancia, utilicen patrones oscuros en sus interfaces en línea. La citada Directiva pretende alcanzar este objetivo mediante la inserción de un nuevo artículo 16 *sexies* en la Directiva sobre los derechos de los consumidores[24].

---

[21] Guía sobre la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales publicada por la Comisión el 29 de diciembre de 2021. En la sección (1.6.2) se explica cómo las disposiciones de la DPCD pueden aplicarse a los negocios de prestación de servicios a los consumidores a cambio de datos.

[22] https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-032022-deceptive-design-patterns-social-media_en.

[23] La Resolución de la AEPD 20 septiembre 2023 PS-00080-2023 establece una sanción administrativa para una empresa que había empleado estas técnicas manipuladoras. En el caso denunciado, la AEPD pudo comprobar que mediante los patrones de sobrecarga (presentando demasiadas opciones al usuario, lo que causa fatiga y lleva a compartir más información personal de lo deseado) y ocultación (diseñando la interfaz de tal manera que el usuario no preste atención a aspectos relacionados con la protección de datos), la empresa sancionada forzaba los usuarios a ceder sus datos personales a unas 130 empresas, de las cuales, más de la mitad ya tenían marcada por defecto la casilla de «aceptar tratamiento de datos por interés legítimo». Ello obligaba a los usuarios, en el caso de querer mostrar la oposición al tratamiento, a marcar una a una a lo largo de toda la lista, la oposición al tratamiento. No existía, tampoco, la opción de poder oponerse indicándolo una sola vez o un número de veces que resulte razonable y no genere fatiga en el afectado. La AEPD consideró que la obtención de consentimiento a través de técnicas de persuasión, conocidas como «patrones oscuros», constituye una vulneración en el tratamiento de datos personales en este caso por parte de una empresa que cede datos de los usuarios a terceros con fines publicitarios. Se establece una sanción económica por la infracción del artículo 5.1.a) del RGPD.

[24] Artículo 16 sexies. Protección adicional relativa a las interfaces en línea. "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE y el Reglamento (UE) 2016/679, los Estados miembros garantizarán que los comerciantes, cuando

Por su parte, el art. 25.1 de la Ley de Servicios Digitales prohíbe a los prestadores de plataformas en línea diseñar, organizar u operar sus interfaces en línea "de manera que engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o de manera que distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas".

Asimismo, el párrafo 3º del citado artículo faculta a la Comisión Europea a publicar directrices sobre cómo el apartado 1 se aplica a prácticas específicas. En particular, se refiere a prácticas como: a) dar más protagonismo a determinadas opciones al pedir al destinatario del servicio que tome una decisión; b) solicitar reiteradamente que el destinatario del servicio elija una opción cuando ya se haya hecho esa elección, especialmente a través de la presentación de ventanas emergentes que interfieran en la experiencia del usuario; c) hacer que el procedimiento para poner fin a un servicio sea más difícil que suscribirse a él.

La Ley de Mercados Digitales no menciona explícitamente los patrones oscuros, aunque impone obligaciones con respecto a la prestación del consentimiento a los guardianes de acceso, tales como:

> "Los guardianes de acceso no deben diseñar, organizar ni explotar sus interfaces en línea de forma que engañen o manipulen a los usuarios finales o reduzcan o distorsionen de otro modo de manera sustancial su capacidad de prestar su consentimiento libremente. En particular, no debe permitirse que los guardianes de acceso inciten a los usuarios finales más de una vez al año a prestar su consentimiento para el mismo fin de tratamiento respecto del cual inicialmente no dieron su consentimiento o lo retiraron (Considerando 37)".

De este modo, el hecho de no proporcionar a los usuarios un mecanismo fácil para retirar su consentimiento podría considerarse una contravención de la Ley de Mercados Digitales.

Hay que tener en cuenta que, actualmente, el desarrollo tecnológico favorece que estos patrones oscuros se desarrollen mediante algoritmos sofisticados o inteligencia artificial, aprovechando experiencias personalizadas que podrían conducir a los usuarios de un modo inconsciente a adoptar determinadas decisiones no siempre en su propio beneficio. Este nivel de patrones oscuros representa un reto enorme, ya que requiere de un alto grado de especialización técnica para descubrir y comprender cómo estos sistemas operan debajo de la superficie con el fin de influir en el comportamiento de los usuarios, como se ha mencionado anteriormente[25].

En el art. 5.1 Reglamento de Inteligencia Artificial se establece que estarán prohibidas las siguientes prácticas de inteligencia artificial:

a) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un grupo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un grupo de personas.
b) La introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona física o un determinado colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con la finalidad o el efecto de alterar de manera sustancial el

celebren contratos de servicios financieros a distancia, no diseñen, organicen ni gestionen sus interfaces en línea —tal como se las define en el artículo 3, letra m), del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (*5)— de manera que induzcan a error o manipulen a los consumidores destinatarios de sus servicios o de otro modo distorsionen o mermen de manera sustancial su capacidad de tomar decisiones libres e informadas. En particular, los Estados miembros adoptarán medidas que, de conformidad con el Derecho de la Unión, aborden al menos una de las siguientes prácticas de los comerciantes:
a) dar mayor relevancia a determinadas opciones cuando soliciten a los consumidores destinatarios de su servicio que tomen una decisión;
b) solicitar reiteradamente que los consumidores destinatarios de su servicio elijan una opción cuando ya hayan hecho esa elección, especialmente mediante la presentación de ventanas emergentes que interfieran en la experiencia del usuario, o
c) hacer que el procedimiento para poner fin a un servicio sea más difícil que suscribirse a él.

[25] Azzutti, A. (2022). "AI trading and the limits of EU law enforcement in deterring market manipulation", *Computer Law & Security Review*, 45, 2022, p. 2.

comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra;

Al respecto, es reseñable que en el art. 5 Reglamento IA lo que convierte en vulnerable al consumidor no son solamente características permanentes o casi permanentes, sino también características temporales. Además, la decisión de formular en dos apartados diferentes, por un lado, sistemas de IA que manipulan (letra a), sistemas de IA que explotan vulnerabilidades (letra b) nos conduce a preguntarnos cómo se entiende por el legislador la distinción entre manipulación y explotación de vulnerabilidades.

De lo que no cabe duda es de que la manipulación digital del consumidor puede erosionar su autonomía privada, limitar la competencia, al margen de violar la privacidad y comprometer la dignidad personal de los consumidores[26].

4. PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS SUSCRIPCIONES

En la economía digital es cada vez más frecuente que los consumidores concluyan contratos de suscripción tanto para la adquisición de productos como para la obtención de servicios (de noticias, de transmisión de vídeo y música, aplicaciones de fitness…). Para las empresas, esta modalidad de contratación representa una fuente de ingresos recurrente, pero también les permite recopilar datos sobre los hábitos de consumo y las preferencias de los clientes. Para los consumidores presenta ciertos riesgos: la falta de atención y la inercia les puede llevar a olvidar cancelar suscripciones que están en desuso, asimismo, en ocasiones, como se señala en el "Digital Fairness Check" las empresas pueden emplear patrones oscuros que dificultan la cancelación de suscripciones.

Algunas normas de la Unión Europea en materia de protección de consumidores son de aplicación para resolver estos problemas. En particular, el desistimiento del contrato de suscripción se facilita mediante el recientemente añadido artículo 11bis de la Directiva de Derechos del Consumidor que requiere algo similar a un "botón de desistimiento", así como la obligación de que el comerciante envíe al consumidor un acuse de recibo del desistimiento en un soporte duradero.

Así, el art. 1 de la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de noviembre de 2023[27] contiene modificaciones de la Directiva 2011/83/UE. En particular, se prevé la inserción del anteriormente citado art. 11 bis referido al ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia celebrados mediante una interfaz en línea:

1. En el caso de los contratos a distancia celebrados mediante una interfaz en línea, el comerciante se asegurará de que el consumidor también pueda desistir del contrato utilizando una función de desistimiento.

   La función de desistimiento se etiquetará con la expresión "desistir del contrato aquí" o una formulación inequívoca equivalente de manera fácilmente legible. La función de desistimiento estará disponible de forma permanente durante todo el plazo de desistimiento. Se mostrará de manera destacada en la interfaz en línea y será fácilmente accesible para el consumidor.

2. La función de desistimiento permitirá que el consumidor envíe una declaración de desistimiento en línea en la que informe al comerciante de su decisión de desistir del contrato. Dicha declaración de desistimiento en línea permitirá que el consumidor proporcione o confirme la siguiente información:

[26] Manwaring, K., (2018). "Will emerging technologies outpace consumer protection law? The case of digital consumer manipulation", *Competition and Consumer Law Journal*, pp. 141-181.
[27] Por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo que respecta a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE.

a) su nombre;

b) los datos concretos que identifiquen el contrato del que desea desistir;

c) información detallada sobre los medios electrónicos por los que vaya a enviarse al consumidor la confirmación del desistimiento.

3. Una vez que el consumidor haya completado la declaración de desistimiento en línea de conformidad con el apartado 2, el comerciante le permitirá presentársela mediante una función de confirmación.

Esta función de confirmación se etiquetará de manera fácilmente legible y únicamente con la expresión "confirmar desistimiento" o una formulación inequívoca equivalente.

4. Una vez que el consumidor active la función de confirmación, el comerciante enviará al consumidor un acuse de recibo del desistimiento en un soporte duradero, con información sobre su contenido y la fecha y hora de presentación, sin demora indebida.

5. Se considerará que el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo de desistimiento correspondiente si presenta la declaración de desistimiento en línea a que se refiere el presente artículo antes de que expire dicho plazo».

Además, el art. 9.d de la UCPD considera los obstáculos para la terminación del contrato, un problema común a los contratos de suscripción, como una práctica agresiva ("d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante")[28]. También subyace esta idea en art. 25.3 letra c) de la Ley de Servicios Digitales: "hacer que el procedimiento para poner fin a un servicio sea más difícil que suscribirse a él".

Algunos Estados europeos en sus legislaciones internas han regulado sobre esta cuestión. Este es el caso de Alemania, donde se ha introducido un "botón de terminación" en 2021, a través del nuevo § 312k BGB que entró en vigor en julio de 2022. Esta disposición se aplica a los comerciantes que permiten a los consumidores celebrar contratos a largo plazo a través de un sitio web y les impone el deber de proporcionar, en ese sitio web, un botón de terminación que debe contener únicamente las palabras "terminar el contrato aquí". Al hacer clic en ese botón, el consumidor debe ser dirigido a una página de confirmación donde se le pide que ingrese sus datos, los detalles del contrato, el motivo de la terminación (si corresponde), el tiempo en el que el contrato debe finalizar y la forma en que la confirmación de la terminación puede transmitirse expeditamente. A continuación, debe ser dirigido un segundo botón con las palabras "terminar ahora".

5. REFLEXIONES FINALES

En el entorno digital crece exponencialmente el riesgo de manipulación y la preocupación por la explotación de las vulnerabilidades de los usuarios debido a que las relaciones entre éstos con los comerciantes tienen lugar dentro de entornos de elección digital que están especialmente diseñados para rastrear, analizar e influir en su comportamiento.

Tal riesgo de la manipulación viene mencionado en la Ley de Servicios Digitales y en el Reglamento de Inteligencia Artificial, pero tal marco legislativo se revela demasiado genérico, al no contenerse ninguna definición de lo que deba entenderse por tal, así como tampoco del daño derivado de la misma, según añade el Reglamento de IA. Por lo tanto, sin ninguna definición de manipulación no se puede distinguir del engaño u otras formas de influencia y también resulta difícil precisar qué tipo de daño es la manipulación o puede resultar de ella.

El marco regulador emergente debe proporcionar a los diversos actores en el mercado digital los remedios necesarios para abordar las situaciones de asimetría digital. En el nuevo orden digital los modelos algorítmicos están diseñados para generar adicción, manipular, maximizar beneficios,

[28] Busch, C., Twigg-Flesner, C. (2024), "A Roadmap for Regulating Subscriptions in the Digital Fairness Act", disponible en https://ssrn.com/abstract=5014300.

.. Todo ello en detrimento de los principios jurídicos y económicos que ordenan el funcionamiento de la Unión europea.

En la situación actual se observa una privatización de la protección del consumidor digital, al hacer recaer sobre las empresas privadas, v. gr. plataformas o motores de búsqueda, la obligación de identificar, analizar o evaluar cualquier riesgo sistémico que sea resultado del diseño o del funcionamiento de los entornos de elección digital existentes (incluyendo la desprotección del consumidor), así como decidir las medidas de mitigación necesarias (vid. arts. 34 y 35 Ley de Servicios Digitales).

En esta línea se observa también el papel que están llamadas a cumplir las normas ISO (Organización Internacional de Estandarización) en el desarrollo de productos de inteligencia artificial dentro de la UE al proporcionar un marco estandarizado que garantice la seguridad, la confiabilidad y la ética de estas tecnologías[29].

Finalmente, conviene reseñar que la Comisión europea ha publicado el primer borrador de buenas prácticas de IA de finalidad general[30]. Este Código, elaborado por expertos independientes designados por la oficina de IA, tiene por objeto facilitar la correcta aplicación del Reglamento de IA y está llamado a desempeñar un papel importante a la hora de orientar el futuro desarrollo y despliegue de los modelos de IA de uso general fiables y seguros en la UE, así como una taxonomía de riesgos sistémicos, metodologías de evaluación de riesgos y medidas de mitigación para los proveedores de modelos avanzados de IA de uso general que puedan plantear riesgos sistémicos.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aroca, J. M., (2011). *La prueba en el proceso civil*. Thomson-Civitas.

Azzutti, A., (2022). «AI trading and the limits of EU law enforcement in deterring market manipulation», *Computer Law & Security Review*, 45, p.105690.

Busch, C., Twigg-Flesner, C., (2024). "A RoaLey de Mercados Digitalesp for Regulating Subscriptions in the Digital Fairness Act", Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=5014300.

Gazi, M. S., Hasan, M. R., Gurung, N., Mitra, A., (2024). "Ethical Considerations in AI-driven Dynamic Pricing in the USA: Balancing Profit Maximization with Consumer Fairness and Transparency", *Journal of Economics, Finance and Accounting Studies*, 6 (2), 2024, pp. 100 -111.

Hacker, P., Cordes, J., Rochon, J., (2024). "Regulating Gatekeeper Artificial Intelligence and Data: Transparency, Access and Fairness under the Digital Markets Act, the General Data Protection Regulation and Beyond", *European Journal of Risk Regulation*, 15(1), pp. 49-86.

[29] ISO 27001 asegura que los sistemas de IA manejen datos de manera segura, reduciendo riesgos de filtraciones y ataques cibernéticos. ISO 29119 garantiza que los algoritmos de IA sean rigurosamente probados, minimizando errores que podrían comprometer su funcionamiento, especialmente en aplicaciones como la atención médica. ISO 38505 vela por que los datos utilizados por los sistemas de IA sean éticos, imparciales y transparentes, promoviendo la confianza tanto en las organizaciones que implementan estas tecnologías como en los usuarios finales. ISO 23894, en desarrollo, tiene como fin establecer unos principios éticos fundamentales para la IA abordando temas como la transparencia en los algoritmos, la privacidad de los datos y la equidad en los resultados.

[30] https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/news/commission-publishes-first-draft-general-purpose-artificial-intelligence-code-practice.

Helberger, N., et al., (2024). *Digital fairness for consumers*. European Consumer Organisation (BEUC), disponible en https://hdl.handle.net/1814/77990.

Jabłonowska, A., Kuziemski, M., Nowak, A. M., Micklitz, H. W., Pałka, P., Sartor, G., (2018). "Consumer law and artificial intelligence», *EUI Department of Law Research Paper*, 11, https://artsy.eui.eu/wpcontent/uploads/sites/37/2018/07/ARTSY-Final-Report.pdf.

Jull Sørensen, M., Rott, P., Sein, K., (2023). "Response of the European Law Institute: European's Public Consultation on Digital Fairness–Fitness Check of Consumer Law". Disponible en https://ssrn.com/abstract=4548650.

Manwaring, K., (2018). "Will emerging technologies outpace consumer protection law? The case of digital consumer manipulation", *Competition and Consumer Law Journal*, pp. 141-181.

Micklitz, H.W., et al., (2024). "Towards Digital Fairness". *Journal of European Consumer and Market Law*, 13(1), pp. 24-30.

Stalla-Bourdillon, S., (2025). "Identifiability, as a Data Risk: Is a Uniform Approach to Anonymisation About to Emerge in the EU?" disponible en https://ssrn.com/abstract=5118064.

LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO NO PROGENITOR EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS CON RESPECTO A LA VIVIENDA FAMILIAR. SU VULNERABILIDAD POR RAZONES DE EDAD, DISCAPACIDAD Y CARENCIA DE RECURSOS[1].

VANESSA GARCÍA HERRERA

Profesora Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción: 11/06/2025

Fecha de aceptación: 15/07/2025

RESUMEN: El incremento actual de la esperanza de vida determina que la viudedad se alcance a una edad más bien avanzada que, por lo general, va asociada a la pérdida de autonomía personal, a la generación de dependencias y a la necesidad de cuidados y apoyos. Una de las principales preocupaciones de estas personas es la de envejecer y morir en sus casas (*ageing in place*). Si tenemos en cuenta la posición tan débil que el cónyuge viudo ocupa en la sucesión del premuerto, el resultado es una vulnerabilidad todavía mayor, que se ve además agravada cuando éste concurre a la sucesión con hijos solo del causante, lo cuales, amparándose normalmente en la inexistencia de lazos de sangre que los una con aquél, no tienen ningún escrúpulo en "desahuciarle" de la vivienda en la que convivió con su progenitor hasta su fallecimiento. Esta actitud de los hijos del causante, además de ser contraria a toda ética y moral, vulnera la justicia y la dignidad del viudo, el cual, en la gran mayoría de los casos, se habrá ocupado, junto con el causante, de su alimentación (en sentido amplio) y cuidado hasta más allá de su mayoría de edad. Habiendo contribuido los cónyuges a la construcción y/o mantenimiento de la vivienda familiar, y en base a la solidaridad conyugal, debería reconocerse a cada uno de ellos, a la muerte del otro, un interés preferente para acceder a su propiedad o, como mínimo, a su uso y disfrute exclusivo y excluyente, aun cuando con ello se viera afectada la legítima estricta de los hijos del causante; interés si se quiere condicionado a que el viudo no contraiga nuevo matrimonio, conviva en situación de análoga afectividad o tenga hijos con un tercero, salvo que el causante hubiera dispuesto lo contrario.

[1] Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación PID2022-137330OB-I00 "Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos", de la convocatoria 2022 de los "Proyectos de Generación de Conocimiento" del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

ABSTRACT: The current increase in life expectancy means that widowhood is reached at a rather advanced age, which is generally associated with the loss of personal autonomy, the development of dependencies, and the need for care and support. One of the main concerns of these people is aging in place. If we consider the very weak position that the widowed spouse occupies in the succession of the deceased, the result is an even greater vulnerability, which is further aggravated when the deceased comes to the succession with children only of the deceased. These widows, usually claiming the lack of blood ties, have no qualms about "evicting" them from the home in which they lived with their parent until their death. This attitude of the deceased's children, in addition to being contrary to all ethics and morals, violates the justice and dignity of the widower, who, in the vast majority of cases, will have taken care of the deceased's food (in the broadest sense) and care for them well beyond the age of majority. Since the spouses contributed to the construction and/or maintenance of the family home, and based on marital solidarity, each of them should be recognized, upon the death of the other, a preferential interest in accessing the other's property or, at the very least, in its exclusive and excluding use and enjoyment, even if this would affect the strict legitimate rights of the deceased's children. This interest is conditioned on the widower not remarrying, living in a similar emotional situation, or having children with a third party, unless the deceased had stipulated otherwise.

PALABRAS CLAVE: Persona mayor; cónyuge viudo; legítima; discapacidad; cautela socini; familia reconstituida.

KEYWORDS: Elderly person; widowed spouse; legitimate; disability; Socini caution; reconstituted family.

SUMARIO: 1. El sistema de legítimas como límite a la libertad de testar. La posición del cónyuge viudo. 2. El actual sinsentido del sistema legitimario. A) El desfase del fundamento originario de las legítimas. B) El incremento de la esperanza de vida. La llegada a la viudez a edades cada vez más avanzadas. C) La familia como institución multiforme. Especial referencia a las familias reconstituidas. D) El actual fundamento de la legítima: la existencia de lazos de sangre. 3. La situación del cónyuge viudo en las familias reconstituidas en relación con la vivienda familiar. A) La vivienda era propiedad exclusiva del cónyuge premuerto. a) El causante falleció intestado. b) El causante otorgó testamento. B) El cónyuge premuerto y el cónyuge viudo estaban casados en régimen de gananciales y la vivienda pertenecía a ambos *pro indiviso*. 4. Conclusiones y propuestas *de lege ferenda*. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL SISTEMA DE LEGÍTIMAS COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE TESTAR. LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

La legítima es el *quantum* proporcional del patrimonio del causante que, a su fallecimiento, debe pasar —o debe haber pasado ya— a sus legitimarios, es decir, a sus parientes en línea recta (hijos y descendientes y, en su defecto, padres y ascendientes) y a su cónyuge[2]. Así se infiere de las disposiciones contenidas en los artículos 806 y 807, ambos del Código civil (en adelante, Cc); según el artículo 806, "*La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*" y, de conformidad con el artículo 807, son herederos forzosos "*1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respectos de sus hijos y descendientes; 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código*".

La libertad de testar, entendida como libertar para otorgar testamento (u otro instrumento sucesorio)[3] y como libertad para determinar o para decidir el destino *post mortem* del patrimonio, consagrada en el artículo 33 de la Constitución Española (en adelante, CE)[4], se constituye como principio básico del Derecho Sucesorio, si bien tal libertad no debe ni puede ser entendida en términos absolutos, ya que se encuentra sometida a una serie de límites impuestos *ex lege*, entre los que destaca el sistema de legítimas. Las legítimas se configuran como un instrumento que permite conciliar la libertad de disponer consagrada en el artículo 33 CE con la protección de la familia ordenada por el artículo 39 CE[5]. En este sentido, las legítimas constituyen un límite infranqueable a la libertad del causante en la disposición *mortis causa* de su patrimonio. El causante puede disponer de su patrimonio, pero respectando las limitaciones derivadas de la legítima, y así lo reconoce de manera expresa y clara el artículo 763 Cc al establecer que "*El que tuviere herederos forzosos solo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este Capítulo*". Dicho con otras palabras, la libertad absoluta de testar únicamente existe cuando no hay legitimarios.

Los referidos límites legitimarios vienen representados por las siguientes proporciones:

1. En el caso de los hijos y descendientes (nietos, biznietos…), el artículo 808 Cc les confiere, como legítima, dos terceras partes del haber hereditario de sus padres y ascendientes, si bien especifica que éstos pueden disponer de una de esas dos terceras partes (conocida como mejora) para mejorar a sus hijos o descendientes en la forma que deseen, es decir, para mejorar a todos, a algunos, o solo a uno, y, en el caso de mejorar a varios o a todos, en la misma o en distinta cuantía. De lo dicho resulta que a los hijos les corresponde *ministerio legis* y a partes iguales un tercio del patrimonio hereditario de sus padres y ascendientes (legítima estricta), y que el otro tercio de legítima (tercio de mejora) puede ser usado para mejorar a sus hijos y/o descendientes (a todos, a algunos o a uno solo de ellos).
2. Por lo que se refiere a los padres y ascendientes (abuelos, bisabuelos…), el artículo 809 Cc les reconoce una legítima que está condicionada a la

[2] Sobre el concepto de legítima *vide* LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009), *Elementos de Derecho Civil, T. V, Sucesiones*, 4ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, p. 309 y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (1988), *Casuística legitimaria en el régimen del Código civil*, en "Homenaje a J. B. VALLET DE GOYTISOLO", vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 583-618, en concreto p. 584.

[3] La libertad de testar se infiere de la previsión contenida en el artículo 658 Cc, a cuyo tenor "*La sucesión se defiere por la voluntad manifestada en el testamento y, en su defecto, por disposición de la ley*". Este precepto consagra la primacía de la voluntad del causante sobre la disposición legal. Sobre el particular *vide* VAQUER ALOY, A. (2015), *Libertad de testar y condiciones testamentarias*, InDret, julio 2015, pp. 4 y ss.

[4] El artículo 33 CE consagra y garantiza el derecho a la propiedad privada y el derecho a la herencia, que no es sino una manifestación *post mortem* del derecho que corresponde al propietario para disponer de sus bienes.

[5] PARRA LUCÁN, M.A. (2009), *Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*, AFDUDC, n. 13, p. 500, https://ruc.udc.es/dspace/bistream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf.

inexistencia de hijos y descendientes[6] y que varía según que concurran o no con el cónyuge viudo; en el primer caso, su legítima será de una tercera parte del haber hereditario, y en el segundo, de la mitad.

3. Al cónyuge viudo (no separado legalmente o de hecho) se le reconoce una legítima, pero no en forma de propiedad, como ocurre en el caso de los hijos y descendientes y de los padres y ascendientes, sino de usufructo (usufructo vidual o usufructo del cónyuge viudo). El cónyuge viudo adquiere un derecho *ex novo* sobre *pars valoris bonorum* (no sobre *pars hereditatis*) y, en consecuencia, no ostenta en rigor la condición de heredero[7].

   La legítima del cónyuge viudo es incondicional, puesto que le corresponde en todo caso, concurra o no con otros legitimarios (a diferencia de lo que ocurre con los padres y ascendientes, que solo asumen la condición de legitimarios si no existen hijos y descendientes), si bien varía en cuantía en función de que haya o no otros legitimarios y, habiéndolos, de quiénes sean; así, si concurre con hijos y/o descendientes, tendrá el usufructo del tercio de mejora (art. 834 Cc), si concurre con padres o ascendientes, le corresponderá el usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc), y en defecto de los anteriores y concurriendo con otros, será beneficiario del usufructo de dos tercios de la herencia (art. 838 Cc).

   El Código civil permite la conmutación del usufructo vidual. Los herederos[8], de conformidad con el artículo 839 Cc, pueden acordar la conmutación de dicho usufructo por una renta vitalicia, por los productos de determinados bienes o por un capital en dinero. Si bien hay autores que entienden que esta facultad de conmutar corresponde a los herederos y legatarios sobre los que recaiga el usufructo vidual, debiendo estos proceder de mutuo acuerdo e interviniendo el cónyuge viudo solo en lo que se refiere a su valoración[9], la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS 7563/2001, de 4 de octubre de 2001 y 4680/2009 de 13 de julio de 2009) entienden que el cónyuge debe intervenir en la decisión sobre la modalidad de computación, si bien no podrá oponerse a la conmutación acordada por los herederos. Si no hubiera acuerdo a este respecto, habrá de obtenerse mandato judicial para proceder a la conmutación. Pero, si los herederos con los que concurre el cónyuge viudo fueran hijos solo del causante (hijos no comunes), entonces del artículo 840 Cc permite a aquél exigir a éstos la conmutación de su usufructo, a su elección, por un capital en dinero o por un lote de bienes hereditarios, si bien la determinación del importe de capital o la composición del lote de bienes ha de tomarse de mutuo acuerdo[10].

---

[6] Los padres y ascendientes únicamente tendrán la condición de legitimarios en el caso de que el causante no tenga ("*en defecto de*") hijos y descendientes; *a contrario sensu*, no ostentarán la referida cualidad cuando existan hijos y/o descendientes pero los mismos hayan decidido renunciar a la legítima, ni cuando éstos hayan sido desheredados o declarados indignos para suceder. VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982), *Artículo 807 del Código Civil*, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (Sección Quinta. Las legítimas", dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA, Edersa, Madrid.

[7] MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2016), *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014. Institución en el usufructo vitalicio de la herencia en favor del cónyuge viudo. Doctrina del Tribunal Supremo*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n. 101, pp. 35-46, en concreto p. 46.

[8] Tal y como expresa la Audiencia Provincial de Salamanca en Sentencia (n. 787/2022) de 12 de diciembre de 2022 «la facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 Cc, corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota vidual recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición.»

[9] FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2016), *Usufructo legitimario del cónyuge viudo*, en "Tratado de Usufructo", coord. por A. LECIÑEÑA IBARRA, Wolters Kluwer, pp. 1065-1125, en concreto pp. 1074-1108.

[10] Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (n. 230/2022), de 10 de junio de 2022, «Ahora bien, eso no implica que los herederos tengan que esperar a que el cónyuge supérstite tome la iniciativa, en contra de lo dispuesto en el artículo 839 Cc como se ha entendido en la Sentencia apelada, sino a facultarle para que los hijos

> Aun cuando la conmutación del usufructo del viudo se configura por el Código civil como una excepción, lo cierto es que se ha convertido en la regla general y en la solución preferida por los herederos para evitar la disociación propiedad/usufructo[11]. Como sostiene FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.[12], la finalidad de la conmutación es «evitar los inconvenientes jurídicos y económicos de la desmembración del dominio, terminar con la comunidad creada ya que la atribución a distintos sujetos de la propiedad, por una parte, y del usufructo, por otra, obstaculiza la circulación de los bienes, al tiempo que puede constituir ocasión de un inadecuado aprovechamiento de los mismos».

La legítima no es una parte de la herencia, sino del patrimonio líquido (*pars bonorum*), que se calcula sumando el *relictum* —valor líquido de los bienes y derechos del causante al tiempo de su fallecimiento, deducidas las deudas y las cargas, no considerándose comprendidas en las mismas las impuestas en el propio testamento— y el *donatum* donaciones (colacionables) realizadas en vida por el causante a cualquier persona, sea legitimaria, no legitimaria o persona extraña a la sucesión (art. 818 Cc)—[13]. Las liberalidades que el causante hubiera realizado a favor de los herederos forzosos, ya sea en concepto de legados ya sea en concepto de donación, se imputarán a la legítima a efectos de determinar si, sumadas a otras disposiciones *mortis causa* realizadas a su favor, han dado lugar a la satisfacción de su cuota hereditaria[14]. Si el donatario es legitimario, el valor de la donación se imputará a su legítima, salvo que conste ser otra la voluntad del testador o que la donación se hubiera realizado en concepto de "no legítima", en cuyos supuestos la donación se imputará, tratándose de hijos, primero a la parte de libre disposición y, si ello no fuera suficiente, a la de mejora, y tratándose de terceros, a la parte de libre disposición (art. 819 Cc). En síntesis, en palabras del Profesor LACRUZ BERDEJO, J.L.[15], la herencia es el líquido de causante menos los legados, y la legítima se calcula sobre dicho líquido más las donaciones.

Los legitimarios podrán recibir su legítima por cualquier título apto (institución de heredero, legado o donación), y no necesariamente en concepto de heredero.

La ley permite al causante disponer de sus bienes confiando en que respetará voluntariamente el límite de las legítimas, y para el caso de que no lo haga, reconoce al legitimario (art. 763.2 Cc) las acciones que sean precisas en su defensa. En este sentido, puede decirse que la legítima cumple una doble función: por un lado, constituye un límite a la

---

herederos hagan su elección orientándola a dos opciones: el capital en dinero y el lote de bienes hereditarios. Es en este punto donde supone una excepción al artículo 839, que permite a los herederos elegir entre: la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo. De este modo, los herederos pueden conmutar el usufructo de la esposa supérstite de su progenitor, cuando no es su madre, con cualquiera de las opciones previstas en los dos preceptos, pero si la viuda expresamente lo pide, estarán obligados a escoger entre el capital en dinero y el lote de bienes.
Por esta razón, es aplicable el artículo 839 en todo lo demás, de manera que si el cónyuge viudo hubiese hecho uso de la facultad citada, una vez decidido por los hijos del causante cuál de las dos opciones permitidas en el artículo 840 eligen, la determinación del importe de capital o, en su caso, la composición del lote de bienes, ha de tomarse de mutuo acuerdo.»

[11] MASIDE MIRANDA, J.E. (1989), *Legítima del cónyuge supérstite*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 213.

[12] *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo vidual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 69.

[13] De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo (2023/1989) de 17 de marzo de 1989, «Cosa distinta es que, para determinar el importe de las legítimas, y saber lo que se puede o no recibir por testamento (arts. 636 y 654 del Código civil) haya de tenerse en cuenta, no solo el valor neto de los bienes que quedaron a la muerte del testador, sino también las transmisiones gratuitas realizadas «inter vivos» (reunión ficticia del «donatum y el relictum»), cuyo valor contable representará el activo de la herencia, y del que no pueden excluirse ninguna de las donaciones efectuadas, ya lo hayan sido a legitimarios, no legitimarios o extraños (según determina el párrafo segundo del artículo 318 del Código civil…».

[14] La imputación implica colocar a cuenta de la legítima aquello que el legitimario ha recibido del causante como heredero, como legatario o como donatario.

[15] *Elementos de Derecho Civil*, t. II, 2ª edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2004, p. 333.

libertad dispositiva y distributiva del causante, y por otro, confiere al legitimario un derecho subjetivo para ejercitar, en beneficio propio, acciones en su defensa.

La legítima es intangible, es decir, es intocable en su existencia y cuantía. El testador debe dejar a sus legitimarios la legítima que les corresponde en el *quantum* que les corresponde, libre de cargas y gravámenes y en plena propiedad. Esta intangibilidad se predica de la legítima en dos sentidos, cualitativo y cuantitativo.

La intangibilidad cualitativa se consagra en el artículo 813 Cc, de acuerdo con el cual "*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*", representativos todos ellos de un comportamiento especialmente grave de éstos con respecto a aquél (arts. 848 y ss. Cc "*De la desheredación*"), e impide la imposición sobre ella de cualquier gravamen, condición o sustitución, "*salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808*" en relación con los hijos y descendientes con discapacidad. La vulneración de esta vertiente de la intangibilidad faculta al legitimario para ejercitar las acciones derivadas de la preterición o de la desheredación injusta (arts. 814 y 851 Cc), y el gravamen, condición o sustitución impuestos que graven la legítima se entenderán anulados *ex lege*, salvo el usufructo vidual sobre el tercio de mejora y las sustituciones fideicomisarias que el testador establezca en beneficio de uno o de varios hijos o descendientes que se hallen en situación de discapacidad.

La intangibilidad cuantitativa, por su parte, impide otorgar al legitimario menos de lo que por legítima le corresponde. Su incumplimiento por el causante facultará al legitimario "*para pedir el complemento*" de su legítima (art. 815 Cc), y si los bienes que integran el patrimonio hereditario no fueran suficientes para satisfacer el suplemento de la misma, esta acción se reconducirá a la petición de inoficiosidad de los legados y, en su defecto, de las donaciones (art. 819 Cc), aun cuando estuvieran ocultas bajo la apariencia de negocios onerosos[16]. Si lo legado o donado excede del valor de que el causante podría disponer libremente y, en consecuencia, perjudica la legítima de los herederos forzosos, deberá devolverse a la masa hereditaria *in natura*, ya sea por completo, ya sea en la parte que sea necesaria para que se cumplan las legítimas. En el caso de que esté sujeto a reducción un legado de una finca que no admita cómoda división, el artículo 821 Cc establece las tres reglas siguientes: 1ª Si la reducción absorbe menos de la mitad del valor de la finca, ésta quedará para el legatario, quien deberá abonar el exceso de valor en dinero a los herederos forzosos; 2ª si la reducción absorbe más de la mitad del valor de la finca, ésta quedará para los herederos forzosos, quienes deberán abonar al legatario el valor a que ascienda su legado en dinero; y 3ª si el legatario fuera además legitimario, éste podrá retener la fina siempre que el valor de la misma no exceda de la porción disponible (tercio de libre disposición) y de la cuota que le corresponda por legítima. En el caso de que los herederos o los legatarios no quisieran hacer uso del derecho que les reconoce el artículo 821Cc, la finca se venderá en pública subasta a instancia de cualquiera de los interesados. El artículo 820 Cc reconoce a las donaciones preferencia sobre los legados en orden a su reducción y, en relación con estos últimos, dispone que su reducción se llevará a cabo *a prorrata* sin distinción alguna, a menos que el testador hubiera previsto el pago preferencial de alguno de ellos, en cuyo caso este legado sólo será susceptible de reducción tras haberse aplicado al pago de la legítima por entero todos los demás legados. En resumen, primero se reducirán los legados *a prorrata*, salvo los preferentes; si con ello no fuera bastante para cubrir la legítima, se anularán los legados; y si tampoco fuera suficiente a tales efectos con esta operación, se declararán inoficiosas las donaciones realizadas *inter vivos* por el causante —reducción que no obstará a su eficacia en vida del causante y que no impedirá que el donatario haga suyos los frutos (art. 654.1 Cc)— suprimiéndose o reduciéndose en cuanto al exceso las de fecha más reciente (art. 656 Cc), es decir, por orden inverso de antigüedad.

[16] IRURZUN GOICOA, D. (2013), *La legítima, su contenido y* satisfacción, el Notario del siglo XXI, Madrid, n. 50 julio-agosto 2013; O`CALLAHAN MUÑOZ, X. (2004), *Compendio de Derecho Civil, T. V. Derecho de Sucesiones*, *Lección* 12, 5ª ed., Edersa, Madrid; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, R.M. (2004), *Derecho de Sucesiones*, Edersa, Madrid, pp. 86 y 87.

2. EL ACTUAL SINSENTIDO DEL SISTEMA LEGITIMARIO

A) El desfase del fundamento originario de las legítimas

Este sistema sucesorio, basado en las legítimas, tenía su sentido[17] en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, puesto que cumplía una función de carácter económico-social, facilitando a los hijos una vida nueva e independiente a la muerte de sus progenitores.

Las legítimas encontraban su fundamento en el principio de solidaridad intergeneracional, entendiéndose por tal el apoyo mutuo entre personas que pertenecen a diversas generaciones de la misma familia[18]. Se trataba de favorecer patrimonialmente a aquellos familiares que, en vida del causante, habían contribuido a la existencia, al incremento y a la conservación de la economía del grupo familiar y que, a su muerte, ya fuera por razones de edad (era el caso normalmente de los hijos), ya fuera por su falta de independencia económica (así ocurría cuando el cónyuge viudo era la esposa), carecían por lo general de recursos propios con los que poder subsistir[19]. Y es que la protección de los miembros de la familia se articulaba, en vida del causante, merced a la patria potestad (arts. 144 y 145 Cc), a los deberes conyugales (arts. 66 y ss. Cc) y al derecho de alimentos (arts. 142 y ss. Cc), y a su muerte, a través de las legítimas[20]. En cualquier caso, es conveniente advertir que la referida solidaridad se ha entendido siempre en términos de solidaridad patrimonial, es decir, de asistencia económica a los parientes más próximos del causante[21].

En cambio, en la realidad socio-económica y familiar actual las legítimas no cumplen su referida función originaria. En efecto, la esperanza de vida se ha incrementado de manera considerable y, correlativamente, cuando la persona fallece, sus hijos —a salvo los casos de muerte accidental, por enfermedad o provocada— ya no son menores de edad, sino que normalmente se encuentran en una franja de edad comprendida entre los 50 y los 60 años y, como regla general, no precisan de la percepción de herencias para sobrevivir; los hijos viven con sus progenitores y dependen de ellos económicamente hasta mucho más allá de alcanzada la mayoría de edad, agotando en muchos casos sus legítimas en vida de éstos; y la familia ha experimentado una gran transformación, pasándose de estructuras extensas integradas por un gran número de miembros a estructuras más reducidas y en muchos casos fraccionadas, y dejando de ser considerada como una unidad de producción, siendo así que la riqueza ya no procede de la contribución en grupo a la economía familiar, sino de la aportación individual de cada uno de los integrantes[22].

---

[17] Sobre el fundamento de la legítima resulta de particular interés el estudio de VAQUER ALOY, A. (2017), *Acerca del fundamento de la legítima*, InDret 4/2017.

[18] La expresión *solidaridad intergeneracional* se generalizó a partir 1993, año éste en el que se conmemoró el Año Europeo de las Personas Mayores y de la Solidaridad entre las Generaciones.

[19] Se refieren a la *solidaridad familiar* o *solidaridad intergeneracional* como fundamento histórico de la legítima, entre otros muchos, BARRIO GALLARDO, A. (2019), *El ocaso de las legítimas largas*, en "Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados", dir. por CAPILLA RONCERO, F. de S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y ARANGUREN URRIZA, F, coord. por MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y HORNERO MÉNDEZ, C., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 287-313, en particular pp. 303 a 309, y ROCA I TRÍAS, E. (2014), *Una reflexión sobre la libertad de testar*, en "Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. TORRES GARCÍA", dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCIA RUBIO, M.P. y coord. por HERRERO OVIEDO, M., Wolters Kluwer España, pp. 1245-1266, en concreto p. 1265.

[20] BARRIO GALLARDO, A. (2012), *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de* alimentos, Dykinson, Madrid, pp. 564-568; LACRUZ BERDEJO, J.L. (1973), *Derecho de Sucesiones, T.* II, Bosch, Barcelona, pp. 14 y 15; y ROYO MARTÍNEZ, M. (1951), *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, pp. 181 y 182

[21] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2020), *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones*, Bosch, Madrid, p. 98; PÉREZ ESCOLAR, M. (2014), *Causas de desheredación y flexibilización de la legítima*, en "Estudios de Derecho de Sucesones…", dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCÍA RUBIO, M.P. y coord. por HERRERO OVIEDO, M., cit., pp. 1131-1154, en concreto p. 1137; y VERDERA SERVER, R. (2022), *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, p. 340.

[22] GALICIA AIZPURUA, G. (2017), *En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal*, InDret Privado, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2017, pp. 6 y ss.

B) El incremento de la esperanza de vida. La llegada a la viudez a edades cada vez más avanzadas

En España, en el último tercio del siglo XIX y, por lo tanto, a la entrada en vigor de nuestro Código civil (1889), la esperanza de vida al nacer era inferior a los 30 años[23]. En la actualidad, según los últimos datos actualizados por la Agencia Estadística Comunitaria Eurostat, recabados al cierre del año 2023, España registra la esperanza de vida más elevada de la Unión Europea, alcanzando los 83,77 años (81,11 para hombres y 83,34 para mujeres), superando en más de dos años a la media comunitaria, situada en los 81,5 años. A lo que debe añadirse que cada vez hay más personas centenarias. En resumidas cuentas, en los 125 años de vigencia de nuestro Código civil y del sistema sucesorio en él contemplado se ha producido un incremento de la esperanza de vida al nacer de 49 años. Además, las previsiones son de un progresivo aumento de esta cifra; se considera que en el año 2035 dicha esperanza será de 85,4 años (83,2 para hombres y 87,7 para mujeres) y que, en el año 2050, será de 88 años (86 para hombres y 90 para mujeres)[24].

España, en coherencia con el incremento de la edad media de vida, es una de las Regiones más afectadas por el fenómeno global del envejecimiento progresivo de la población, con un 20,4% de la población que supera los 60 años, un 20,1% mayor de 65 años y un 6% con edades por encima de los 80 años. Y se estima que este crecimiento de la población mayor continúe al alza; las previsiones son que para el año 2050 el 30% de la población tendrá más de 60 años, el 30,4% más de 65 y el 10% más de 80, rozando los centenarios la cifra de las 230000 personas, y que en el año 2074 el 12,3% de la población tendrá más de 80 años, incrementándose este porcentaje al 14,6% en el año 2100. En este orden de cosas, España ocupa el cuarto lugar en la lista de países europeos en los que el incremento de la edad media de la población ha sido mayor[25].

Dicho con otras palabras, en España cada vez hay más personas mayores y menos jóvenes y niños[26]. Ello genera dos consecuencias que afectan y alteran el fundamento histórico de las legítimas:

---

[23] La esperanza de vida ha ido incrementándose progresivamente hasta la fecha actual. Así, según datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE, Anuario de Estadística, 1985, para 1900-1975) en el año 1900 era de 34,76 años (33,85 para hombres y 35,70 para mujeres), en 1910 de 41,73 años (40,92 para hombres y 42,5 para mujeres), en 1920 de 41,15 años (40,26 para hombres y 42,05 para mujeres), en 1930 de 49,97 años (48,48 para hombres y 51,60 para mujeres), en 1940 de 50,10 años (47,12 para hombres y 53,24 para mujeres), en 1950 de 62,10 años (59,81 para hombres y 64,32 para mujeres), en 1960 de 69 años (67,40 para hombres y 72,16 para mujeres), en 1970 de 72,36 años (69,57 para hombres y 75,06 para mujeres), y en 1980 de 74,66 años (71,61 para hombres y 77,71 para mujeres). Y según los "Indicadores de Mortalidad (resultados nacionales). Esperanza de vida al nacimiento según sexo" del Instituto Nacional de Estadística (INE), en la década de los 90 (1990) la edad media al nacer era de 76,91 años (73,40 para hombres y 80,41 para mujeres), en el año 2000 de 79,34 años (75,93 para hombres y 82,73 para mujeres), en 2010 de 82,07 años (79,05 para hombres y 85,03 para mujeres), en 2020 de 82,28 años (79,52 para hombres y 85,04 para mujeres) y en 2023 de 83,77 años (81,11 para hombres y 86,34 para mujeres).

[24] Tablas de Mortalidad, últimos datos año 2023, publicado el 20 de noviembre de 2024, Instituto Nacional de Estadística (INE), https://www.ine.es/dyngs/INEbase/operacion.htn?<=Estadistica_C&cid=1254736177004&menu=ultiDatos&idp=1254735573002; y España en Cifras, 2025, Instituto Nacional de Estadística (INE), https://www.ine.es/infografias/infografia_españa_cifras2025.pdf.

[25] *Vide* Regional Population ageing of the EU at different speeds up to 2025, EUROSTAR, Statitics in Focus, General Statitics n. 4/99; Estructura Demográfica y Envejecimiento de la Población, datos extraídos en agosto de 2020, EUROSTAT; Proyección de Población 2020-2070, Instituto Nacional de Estadística (INE), Nota de Prensa de 22 de septiembre de 2020; Una Población Envejecida, Instituto Nacional de Estadística (INE); Indicadores de Estructura de la Población. Edad Media de la Población por Provincia, según sexo, 2025, Instituto Nacional de Estadística (INE); Un Perfil de las Personas Mayores en España, 2023, Indicadores Estadísticos Básicos, Informes Envejecimiento en Red, n. 30, octubre 2023.

[26] Tradicionalmente se ha entendido por "persona mayor" aquella de 65 años o más, haciéndose coincidir el inicio de esta fase vital con la edad de jubilación, ahora ya superada por la práctica totalidad de los sistemas de pensiones. No obstante, hay organizaciones que consideran "mayores" a las personas a partir de los 60 años; es el caso de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que establece a este respecto la siguiente clasificación: personas de edad avanzada (de los 60 a los 74 años), viejos (de los 74 a los 90 años) y personas de vejez avanzada (a partir de los 90 años). Es cierto que desde hace algún tiempo se viene promoviendo un retraso de la edad que inicia la consideración

1. La viudez se alcanza a mayor edad, con lo que ello comporta en relación con la pérdida de autonomía personal, generación de dependencia[27] y necesidad de apoyos y de cuidados, sobre todo de larga duración.

   Una de las mayores preocupaciones y deseos de estas personas es continuar y concluir sus vidas en su casa; de hecho, si traducimos esta afirmación a cifras, en España el 96% de la población mayor elige envejecer en su casa (fenómeno conocido como *ageing in place*) de forma autónoma o, en su caso, con apoyos y cuidados.

   De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística (INE), la viudez suele concentrarse en la vejez y afecta más a las mujeres que a los hombres. Ello determina que, al fallecimiento del cónyuge, el viudo sea una persona cuanto menos vulnerable y en muchos casos afectada por alguna discapacidad (entre otras, las derivadas de la propia edad).

   Y con el sistema sucesorio tal y como a fecha de hoy continúa configurado, desde luego no se atiende a la satisfacción de las necesidades personales y patrimoniales de estas personas[28].

2. Los hijos, a la muerte de sus progenitores, no son menores de edad necesitados de recursos económicos para sobrevivir. Hagamos cálculos acerca de la edad aproximada a la que actualmente se alcanza la orfandad y comparémoslo con la propia de la época en la que se redactó nuestro Código civil y que justificó, junto con otras razones, el sistema sucesorio legitimario.

   En el año 1923 (en el contexto histórico del golpe de Estado del capitán general de Cataluña, Miguel Primo de Rivera) la edad media de las mujeres al tiempo del nacimiento de su primer hijo era de 27/28 años como máximo[29]. En la primera mitad del siglo XX la edad media a la que se tenía el primer hijo se situaba entre los 20 y los 25 años y el número de hijos por mujer descendió de 4,09 del año 1900 a los 2,459 de 1950[30]; en la década de 1990 dicha edad media ya superaba los 28 años y el número de hijos por mujer descendió a 1,68; en la primera década del segundo milenio la edad media de la mujer al tiempo del nacimiento del primer hijo era de 30 años y el número de hijos descendió del 1,5; y a partir del año 2010 la edad media superó los 32 años y el número de hijos por mujer descendió al 1,125[31]. De acuerdo con los últimos datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística el 20 de noviembre de 2024, la edad media de las mujeres al tiempo del nacimiento de su primer hijo en el

de "persona mayor", pero no lo es menos que la tradicional (60/65 años) continúa siendo aceptada por la mayoría de los estudios desarrollados en sede de envejecimiento de la población como umbral de la vejez sin apenas discusión.

[27] Se estima que en el año 2050, en el que más del 30% de la población superará los 65 años, la tasa de dependencia se triplicará, existiendo, por cada tres personas activas, dos personas mayores.
La tasa de dependencia de la población mayor de 64 años, en el año 2024, fue del 31,2%, y se estima que será superada en este año 2025. Según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia del año 2020 (EDAD 2020), 4,38 millones de personas —el estudio se refiere a personas que viven en hogares— afirmaron sufrir alguna discapacidad o limitación (1,81 millones de hombres y 2,57 millones de mujeres), de las cuales el 75,4% tenían más de 65 años. Respecto de las personas mayores residentes en Centros, según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia. Población residente en Centros, del año 2023 (EDAD CENTROS 2023), el 94,7% padecen alguna discapacidad o limitación, que afectan en su mayoría al autocuidado (88,6%), a la vida doméstica (86,9%) y a la movilidad (86,2%); el 15% de estas personas tenía 80 años o más y el 20% entre los 65 y los 79 años.

[28] En este sentido AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2022), *Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código civil*, en AA.VV. "Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones 130 años después de la aprobación del Código civil", dir. por ESTELLÉS PERALTA, P.M., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 411-469, en concreto p. 462.

[29] EUROSTAT. Encuesta Demográfica. Descendencia final alcanzada y edad a la maternidad de las generaciones de 1923 a 1978, Nota de Prensa de 29 de noviembre de 2021.

[30] PUJADA, S.I. y SOLSONA, M. (1989), *La población de España de 1900 a 1975 a nivel nacional y provincial*, Centre d`Estudis Demogràfics, 1989, https://ddd.uab.cat/pub/worpap/1989/184267/papersdemografia_a1989n33iSPA.pdf.

[31] Instituto Geográfico Nacional, Centro Nacional de Información Geográfica, Evolución y distribución de la Población Española, Atlas Nacional de España (ANE), https://altasnacional.ing.es/wane/Dinamica-demogradica.

año 2023 fue de 32,6 años, creciendo el número de nacimientos de madres con edades superiores a los 40 años un 19,1% en los últimos 10 años (del 6,8% en el año 2013 al 10,8% en el año 2023)[32].

Por lo tanto, y tratando de sintetizar lo máximo posible, nos encontramos con que a la entrada en vigor del Código civil la esperanza de vida de las personas al nacer era de 30/32 años. Si además tenemos en cuenta que se tenían los hijos con una edad media que oscilaba entre los 20 y los 25 años, el resultado es que los hijos quedaban huérfanos, más o menos, a los 12 años. En este contexto el sistema de legítimas tal y como se configuró por nuestro Código civil tenía todo el sentido del mundo a efectos de garantizar la supervivencia de los descendientes y del cónyuge viudo, que normalmente era la mujer (ya que *ab initio* su esperanza de vida siempre ha sido mayor) y carecía de independencia y de recursos económicos. Mientras que en la actualidad la esperanza de vida al nacer es de 84 años, y dado que la edad aproximada al tiempo del nacimiento del primer hijo es de 33 años, los hijos quedan huérfanos más o menos a la edad de 51 años, con lo cual, son personas independientes económicamente y que, en su gran mayoría, habrán formado sus propias familias; de esta suerte, la legítima, fundada en la solidaridad intergeneracional y patrimonial, carece de sentido y fundamento.

C) La familia como institución multiforme. Especial referencia a las familias reconstituidas

Tampoco hoy está vigente como exclusivo e imperante el modelo de familia sobre el que se asentó y justificó el sistema de legítimas. En efecto, el sistema legitimario y, en general, el sucesorio, está constituido sobre la base de una familia tradicional, cognaticia y nuclear; existe un vínculo indiscutible entre sucesión y familia que se aprecia en los dos posibles escenarios sucesorios: en la sucesión testada (por la presencia de la legítima) y en la sucesión intestada (en el orden de los llamamientos a la sucesión)[33].

La familia propia y característica de la época de la entrada en vigor del Código civil era una familia fundada en el matrimonio (familia conyugal), heterosexual y basada en el patriarcado y en la jerarquía entre sus miembros[34]. El matrimonio era un vínculo indisoluble; el divorcio no estaba admitido y el matrimonio únicamente quedaba extinguido por la muerte de los cónyuges.

Con la Ley de 2 de mayo de 1975 de reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, se produjo un cambio del modelo de familia. De una familia patriarcal y jerarquizada se pasó a una familia nuclear, caracterizada por la igualdad entre los miembros de la pareja y por la diversificación de los roles familiares, si bien continuó siendo un vínculo matrimonial heterosexual integrado por los cónyuges y sus hijos.

A partir de este momento, las transformaciones de la institución familiar hasta la fecha han sido importantes; así:

1. En 1981, la Ley 20/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio (conocida como Ley San Fermín o Ley del Divorcio),

[32] Instituto Nacional de Estadística (INE), Movimiento Nacional de la Población. Indicadores Demográficos Básicos, año 2023, Nota de Prensa de 20 de noviembre de 2024, https://www.ine.es/dyngs/Prensa/es/MNP2023.htm?print=1.

[33] LANDESTO Y MÉNDEZ, P.L. (2019), *La interrelación del Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones vista desde la teoría trialista del mundo jurídico*, IDIBE, Instituto de Derecho Iberoamericano, 4 de junio de 2019, https://idibe.org/tribuna/la-interrelacion-del-derecho-de-familia-derecho-sucesiones-vista-desde-la-teoria-trialista-del-mundo-juridico/.

[34] El paterfamilias ostentaba y ejercía la *auctoritas* sobre la mujer —que se hallaba sometida a él personal y patrimonialmente— y sobre sus hijos —sobre los cuales él era quien ejercía la patria potestad, que comprendía su representación legal y la administración de sus bienes, facultad de la que únicamente disponía la madre en defecto del padre— y los roles familiares estaban bien definidos y determinados. *Vide* DÍEZ PICAZO, L. (*Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 74), quien con mucho acierto calificó al paterfamilias de esta época como legislador, juez y patrón.

introdujo el divorcio causalizado y necesariamente precedido de una separación, también causalizada. Esta disolución del vínculo matrimonial fue posteriormente facilitada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que suprimió la exigencia de la separación previa y de la causa de la disolución del vínculo, redujo el plazo para solicitar el divorcio de 1 año (a contar desde el cese de la convivencia) a 3 meses (desde la celebración del matrimonio) y suprimió la necesidad de acuerdo entre los cónyuges.

2. Comienzan a admitirse nuevas formas de convivencia, las uniones de hecho, cuyo reconocimiento jurídico tuvo lugar a finales de la década de los 80 y principios de la década de los 90 del siglo XX. En este orden de cosas, se permitió la adopción por parejas no casadas unidas por vínculo análogo al matrimonial y los Tribunales de Justicia empezaron a considerar como bienes comunes (de la pareja) los adquiridos por uno de ellos durante la convivencia siempre que hubiera quedado acreditado el propósito de convivir como personas casadas y de formar un patrimonio común. Si bien su regulación específica no se acometió hasta inicios del segundo milenio, y no a nivel estatal, sino autonómico.

3. Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se admitieron el matrimonio y las uniones entre personas del mismo sexo.

Dicho con otras palabras, las familias de hoy en día no tienen por qué estar fundadas en un vínculo matrimonial y tampoco tienen por qué estar integradas por los cónyuges/progenitores heterosexuales y sus hijos comunes. En los modelos familiares actuales la relación marital cobra especial protagonismo frente a las relaciones intergeneracionales (con descendientes y con ascendientes)[35]. En la actualidad, por lo tanto, no es posible hablar de "familia" como modelo uniforme; antes al contrario, debe hablarse de "familias" o de "modelos familiares" en plural, de imposible reconducción a una única categoría o a un concepto uniforme. La familia es una institución multiforme y proteica que poco o nada tiene que ver con la familia predominante al tiempo de la promulgación del Código civil[36], y así lo reconoce el propio Tribunal Supremo en Sentencias como la de 12 de mayo de 2011 (STS 2676/2011), en la que pone de manifiesto que «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».

El modelo de familia nuclear ya no es el único presente. Existen familias incompletas o monoparentales, integradas por un único progenitor (viudo, divorciado o soltero, pero único legalmente reconocido) y sus hijos, familias homoparentales, formadas por parejas de mismo sexo y sus hijos, familias extensas, que además de los padres y sus hijos están integradas por otros parientes, familias adoptivas y familias de acogida, y existen familias ensambladas o reconstituidas[37], también llamadas recompuestas, rearmadas, transformadas, de segundo

[35] AYUSO SÁNCHEZ, L. (2019), *Nuevas imágenes del cambio familiar en España*, Revista Española de Sociología, n. 28(2), 2019, pp. 269-287.

[36] GARCÍA HERRERA, V. (2022), *Las familias reconstituidas: el vacío jurídico como obstáculo a su* consolidación, en "Propuestas para un nuevo Derecho de Filiación: la multiparentalidad", dir. por PÉREZ GALLARDO, L.B. y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., Ed. Olejkik, Santiago-Chile, pp. 315-336 y LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2020), *Las familias reconstituidas. Una realidad en constante crecimiento*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n. 13, agosto 2020, pp. 194-223.

[37] La denominación "familia reconstituida" es la generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia españolas para referirse a la unión entre dos personas en la que al menos una de ellas aporta "hijos no comunes". A tal conceptuación se opuso el maestro ALONSO PÉREZ, M. (*Tratado de Derecho de Familia*, vol. 1, Aranzadi, S.A.U., enero 2015, BIB 2011/144787), para quien cuando personas viudas, divorciadas o solteras se unen a otra, ya sea de forma conyugal o concubinariamente, aportando cada una de ellas o una sola sus hijos (u otros familiares, como padres), no puede hablarse en rigor de una recomposición familiar, sino de una yuxtaposición de familias unilineales. A su juicio, la familia podrá denominarse "reconstituida" solo en el caso de que uno de los miembros de la pareja,

núcleo, mosaico, combinadas o mixtas[38], formadas por una pareja, independientemente del sexo de cada uno de sus miembros, unida en matrimonio o de hecho en situación de análoga afectividad y los hijos de al menos uno de ellos (hijos no comunes)[39], y que son las que ocupan nuestra atención a partir de este momento.

La familia reconstituida se caracteriza por la presencia de hijos no comunes; esto es precisamente lo que diferencia a este modelo de familia de la familia nuclear, basada en el matrimonio o en la unión estable de dos personas con independencia de que haya o no prole común[40]. Por lo tanto, si dos personas solteras, viudas o divorciadas sin hijos se unieran en matrimonio o de hecho, el resultado sería una familia nuclear, y lo mismo ocurriría si se unieran dos personas solteras, viudas o divorciadas teniendo al menos una de ellas hijos y el otro los adoptara (porque aquél fuera el único progenitor legalmente reconocido), puesto que la filiación adoptiva surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza.

La expresión "hijos no comunes" se utiliza para hacer referencia a los hijos que son solo de uno de los cónyuges o convivientes, con absoluta independencia de que aquéllos tengan o no legalmente reconocido al otro progenitor; es decir, deben ser hijos fruto de material genético extraño al otro cónyuge o conviviente, y ya sea (ese material genético) propio o no de un progenitor legalmente reconocido. Son "hijos no comunes", por lo tanto, aquellos que lleva al matrimonio o a la convivencia estable uno de los cónyuges o convivientes, tengan o no otro progenitor legalmente reconocido y, en este segundo supuesto, sean fruto de una inseminación artificial o de una relación sexual con un tercero no reconocido legalmente como progenitor.

Este modelo familiar admite, por lo tanto, diversas variantes[41]: unión conyugal o de hecho en la que solo uno de los miembros de la pareja lleva hijos; unión conyugal o de hecho en la que ambos miembros de la pareja llevan hijos; unión conyugal o de hecho en la que solo uno de los miembros de la pareja lleva hijos propios y además la pareja tiene hijos comunes; y unión conyugal o de hecho en la que ambos miembros de la pareja llevan hijos propios y además la pareja tiene hijos comunes.

Las familias reconstituidas son un modelo de familia cada vez más frecuente; tanto es así que para algunos estudiosos del Derecho de Familia constituyen el modelo de familia del futuro[42]. Su presencia es tan significativa desde hace ya algunos años que fue resaltada por el Preámbulo (III, *Principios*) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en los siguientes términos: «Como en otros países del entorno de Cataluña, el divorcio se ha normalizado y ha aumentado considerablemente. Si a mediados de los años 80 las tasas de divorcio aún eran bajas, en torno al 0,1 por mil habitantes, en la actualidad han llegado a cerca de 2,1 por mil habitantes. Este aumento de divorcios se ha traducido en un aumento significativo de hogares familiares en que vive solo uno de los progenitores con los hijos, así como de familias reconstituidas, o sea, formadas por un progenitor, su cónyuge o pareja, y los hijos de al menos uno de ellos y,

---

unidos o no en matrimonio, adopte a los hijos del otro, en cuyo supuesto las dos familias yuxtapuestas formarían una sola recreada tras la adopción.

[38] LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2020), Ob. cit., p. 196.

[39] Sobre los modelos familiares *vide* ARRANZ, E., OLABA-PRIETA, F. y ANTOLÍN, L. (2010), *Análisis comparativo de las nuevas estructuras familiares como contextos potenciadores del desarrollo psicológico infantil*, Infancia y Aprendizaje, n. 33, pp. 503-513, https://www.doc.org/10.1174/021037010793139653 y GARCÍA PRESAS, I. (2011), *El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código civil*, Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo General, Delhi 9 de diciembre de 2011, ed. Vibha Maurya y Mariela Insúa, Pamplona, Publicaciones Digitales del Griso/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, pp. 239 y 240.

[40] LÁZARO PALAU, C.M. (2006), *Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero en las familias reconstituidas*, Actualidad Civil, n. 6, junio 2006, La Ley 4015/2016.

[41] ALIAGA CASANOVA, A.C. (2017), *Las familias reconstituidas: la necesidad de su previsión legal y los principios inspiradores de su tutela* judicial, en Libro de Familia, Revista Jurídica de Derecho de Familia, n. 8, diciembre de 2017, Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, p. 5 y PINTO ANDRADE, C. (2017), *Las familias reconstituidas en la práctica judicial*, Ed. Propia, p. 6

[42] Por todos, DEL CAMPO, S. (2004), *Las transiciones de la familia española*, Arbor CLXVIII (702) 2004, pp. 451-464.

si existen, los comunes, las cuales, hasta ahora, si dejamos de lado alguna norma aislada en materia de gastos familiares y la adopción, casi no habían tenido reflejo normativo».

De acuerdo con la última Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD), en el año 2023 se celebraron 172430 matrimonios, pero se produjeron 74685 divorcios (de los cuales 1718 fueron de matrimonios homosexuales). En el 48,4% de los casos de divorcios de parejas con hijos, se otorgó la custodia compartida, en el 3,5% se atribuyó al padre, en el 47,8% a la madre y en el 0,3% a familiares o instituciones. El mayor número de divorcios tuvo lugar en la franja de edad comprendida entre los 30 y los 49 años, tanto en hombres (edad media de 48,7 años) como en mujeres (edad media de 46,2 años), edades estas más que buenas para formar nuevas familias, en muchos casos reconstituidas, teniendo en cuenta el porcentaje de divorcios que se producen con hijos menores o con hijos mayores dependientes económicamente de sus progenitores al tiempo de la disolución del vínculo matrimonial y que quedan bajo su custodia (exclusiva o compartida) o en régimen de visita; de hecho, en el 42,6% de los casos de divorcio había hijos menores, en el 3,7% había hijos mayores dependientes económicamente y en el 7,4% había tanto unos como otros.

Pues bien, pese a que, como ya se ha referido, este modelo familiar se halla en auge, nuestro ordenamiento jurídico, a excepción del Código Civil de Cataluña (art. 236) y del Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 85 a 89), no lo contempla. Ello, además de la consecuente desconexión entre la realidad jurídica y la realidad social, genera no pocas diatribas jurisprudenciales en la resolución de las cuestiones que se plantean a los Tribunales en el seno de dichas familias.

D) El actual fundamento de la legítima: la "mera" existencia de lazos de sangre

Teniendo en cuenta la realidad socio-económica y familiar que acabo de describir, puede decirse que el argumento de la legítima queda hoy reducido a la existencia de lazos de sangre (*ius sanguinis*) entre el causante y sus legitimarios[43]. Lo que ha inducido a un importante sector doctrinal a proponer una revisión de esta institución y a defender la necesidad de un nuevo sistema sucesorio favorable a una mayor libertad dispositiva del testador. Las propuestas giran fundamentalmente en torno a dos direcciones: quienes abogan por la absoluta libertad de testar, y quienes proponen reformas puntuales, como la introducción de nuevas causas de desheredación y de indignidad para suceder, la ampliación o reducción del elenco de sujetos legitimarios, la reducción de las cuotas legitimarias o la modificación en la computación de las donaciones o en las acciones de reducción[44].

Esta necesidad de reforma ha encontrado reflejo en la Orden de 4 de febrero de 2019 del Ministerio de Justicia, por la que se encomienda a la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar, que contempla y defiende la necesidad de afrontar una profunda reforma del sistema sucesorio del Código Civil español; reforma que quiere centrarse en dos puntos fundamentales: la cuestión de las legítimas y la mejora del régimen de liquidación de las deudas de la sucesión[45]. Y también se ha visto referida y defendida en la Propuesta de Código

[43] VAQUER ALOY, A. (2017), *Acerca del fundamento de la legítima*, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 4/2017, p. 9.

[44] DÍAZ ALABART, S. (2004), *Las reformas del Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, en "La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)", dir. por S. DÍAZ ALABART, Ibermutuatur, Madrid, p. 91.

[45] *Vide* a este respecto, por todos, CARRIÓN OLMOS, S. (2020), *Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas*, Revista Boliviana de Derecho, 30, julio 2020, pp. 364-391, en concreto p. 366; GALICIA AIZPURUA, G.H. (2019), *Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, en "Retos y oportunidades del Derecho de Sucesiones", dir. por VILLÓ TRAVÉ, C., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 47-74, en concreto p. 47; y GARCÍA RUBIO, M.P. (2021), *Legítimas en el Derecho Español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil*, en "Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria", dir. por BARBA V. y PÉREZ GALLARDO, L.B., Olejnik, Santiago-Chile, pp. 23-58, en concreto, p. 48.

civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil[46], en cuya Exposición de Motivos se dice lo siguiente: «Conforme a lo que constituye unánime tendencia actual, se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante…Esta afirmación no requiere de mayor justificación a la vista de los análisis doctrinales más recientes en la materia y de las últimas reformas acometidas en este punto por los ordenamientos civiles autonómicos….Pero también se ha procedido a un debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos…». Esta Propuesta de Reforma está basada en el criterio de la ampliación de la libertad de disponer *mortis causa* y en la suavización de las legítimas; entre los principales cambios que se proponen, y por lo que a nosotros nos interesa, pueden destacarse los siguientes:

1. Se propone una reducción del *quantum* de las legítimas. Se aboga a favor de pasar de los dos tercios actuales de los hijos y descendientes a la mitad computable, y de diferenciar, dentro de esta parte, un cuarto destinado a mejora. Para el caso de concurrencia a la sucesión de un único descendiente se propone que la legítima quede reducida a un tercio, salvo que concurra con el cónyuge viudo, en cuyo caso la reducción llegaría hasta un cuarto.
2. Con respecto a la legítima del cónyuge viudo se propone que, cuando concurra con descendientes, su legítima en forma de usufructo grave la legítima de éstos, de suerte que la porción de libre disposición quede intacta. La legítima se mantiene en concepto (usufructo) y cuantía, si bien se reconoce la posibilidad de que el causante la amplíe a su voluntad, aun gravando la legítima de sus descendientes.

3. LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS EN RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR

Es cierto que los derechos sucesorios del cónyuge viudo son idénticos sea cual sea el modelo familiar, pero no lo es menos que, en el seno de las familias reconstituidas, los hijos del cónyuge premuerto no son muy dados a favorecer al viudo de su progenitor, con el que no les une lazo de sangre alguno. El reparto de las herencias genera en muchos casos conflictos entre padres supérstites e hijos y entre hermanos; permitir que el progenitor viudo disfrute de todo o de parte de la herencia del premuerto por considerar ésta como bienes del matrimonio, fue y sigue siendo algo habitual cuando los hijos herederos son descendientes de ambos (premuerto y supérstite), pero no lo es cuando el viudo no es progenitor.

Fallecido el cónyuge progenitor, ¿en qué situación queda el viudo en relación con la vivienda familiar? La respuesta a este interrogante es diversa en función del régimen económico del matrimonio y de la titularidad del inmueble.

A) La vivienda era propiedad exclusiva del cónyuge premuerto

En este supuesto hay que diferenciar según que el causante hubiera fallecido intestado o, por el contrario, hubiera otorgado testamento; y en este segundo supuesto, vamos a analizar las distintas alternativas de que dispone el causante para garantizar la permanencia del viudo en la vivienda familiar.

a) El causante falleció intestado

Si el causante fallece sin haber otorgado testamento se abre la sucesión intestada, y el llamamiento a la misma al cónyuge viudo dependerá de la subsistencia, al tiempo del

[46] El texto del Borrador, que comprende la revisión de la totalidad del Derecho Sucesorio del Código civil, fue aprobado en Asamblea celebrada en Aranjuez el 20 de mayo de 2017 con ocasión de la celebración de las XIX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

fallecimiento de aquél, del vínculo conyugal y de la convivencia (art. 945 Cc), es decir, dependerá de la existencia, en ese instante, de lo que se conoce como *affectio maritalis*, si bien la presunción consagrada en el artículo 69 Cc, en cuya virtud "*Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos*", libera al viudo de la carga de probar dicha *affectio*. En este sentido, no corresponderá al viudo la legítima vidual cuando haya mediado nulidad matrimonial ni cuando se haya producido el divorcio entre él y el premuerto, pero tampoco en los casos de separación legal o de hecho.

Producido el llamamiento *ab intestato*, al viudo le corresponderá, concurriendo con los hijos del causante, el usufructo del tercio de mejora. Por lo tanto, el viudo no adquiere la propiedad de la vivienda familiar. En su caso, si el valor de la herencia permitiera que el usufructo de la vivienda cupiera en la cuota legitimaria del viudo, y siempre que se decidiera por acuerdo entre los herederos (o como resultado de una partición judicial) que la vivienda se adjudique, en partición hereditaria, al tercio de mejora, el viudo podrá continuar viviendo en la misma hasta su muerte, perteneciendo su nuda propiedad a los herederos o a aquél de ellos al que hubiera sido adjudicada en el reparto.

No obstante lo anterior, debemos recordar que, de conformidad con el artículo 839 Cc, los herederos podrán acordar la conmutación del usufructo del viudo por una renta vitalicia, por los productos de determinados bienes o por un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial, y que de acuerdo con el artículo 840 Cc, si el cónyuge viudo concurre con hijos solo del causante, podrá exigir a éstos que le conmuten el usufructo, a su elección (de los herederos), por un capital en dinero o por un lote de bienes hereditarios. De acuerdo con lo anterior, si el cónyuge viudo concurre con hijos solo del causante, éstos podrán acordar conmutar su usufructo y, dado que entre las alternativas previstas en el artículo 839 Cc no se menciona la entrega de bienes hereditarios en propiedad, aquél estará obligado a abandonar la vivienda[47]; en cambio, si concurre con hijos solo del causante, habiendo el viudo solicitado la conmutación, la decisión sobre el método o la forma de conmutación corresponderá a aquéllos, de suerte que si deciden conmutar por un capital en dinero o por un lote de bienes hereditarios en los que no se incluya la vivienda familiar, éste deberá también abandonar la misma. En cualquier caso, como podemos ver, la permanencia del cónyuge viudo en la vivienda familiar, sea en concepto de usufructuario (usufructo vidual) sea en concepto de propietario (por conmutación), va a depender de la voluntad de los hijos del causante. Si los hijos del causante fueran varios y unos estuvieran a favor y otros en contra de permitir la continuación del viudo en la vivienda, será el Juez quien decida a este respecto. En síntesis, el viudo no puede elegir el medio sustitutivo del usufructo ni vetar el elegido por los herederos[48].

No obstante lo anterior, habría un caso en el que la permanencia del viudo en la vivienda familiar vendría impuesta *ex lege*, salvo que el causante lo hubiera excluido expresamente o hubiera dispuesto otra cosa. Sería el supuesto en el que el viudo fuera persona con discapacidad. En efecto, dispone a este respecto el artículo 822 Cc que "*La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o

[47] Si bien existen autores (por todos, GULLÓN BALLESTEROS, A. (1964), *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*, Anuario de Derecho Civil, 1964, p. 611) a favor de considerar la vivienda familiar como un "capital en efectivo", a mi modesto parecer no encaja bien en este concepto, puesto que la vivienda, aun siendo un activo que puede convertirse en efectivo, no es un efectivo en sí mismo considerada.
[48] FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2016), *Usufructo legitimario…*cit., pp. 1065-1125.

lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación."

De lo dispuesto en el artículo 822 Cc resulta que el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho que, al tiempo del fallecimiento del causante, esté afectado por alguna discapacidad —acreditada mediante certificado expedido conforme a lo previsto reglamentariamente o por resolución judicial firme—[49] y se encuentre en situación de necesidad, entendida como necesidad de vivienda adecuada a sus particulares necesidades[50] y no como necesidad de recursos económicos[51] —si bien de lo que no cabe duda es de que la ausencia o escasez de estos recursos determinará aquella necesidad de vivienda—, se verá favorecido por el "legado legal" del derecho de habitación sobre la vivienda familiar referido en el párrafo 2º del precepto reproducido. Además, este beneficio no se computará para el cálculo de su legítima, de suerte que le corresponderá, salvo que el causante lo hubiera excluido expresamente o hubiera dispuesto otra cosa, además del usufructo vidual. El artículo 822 Cc no menciona la "no reducción" del legado (legal) en lo que fuera inoficioso o excesivo; únicamente hace referencia al "no cómputo", operación ésta que en rigor no es predicable de los legados, sino de las donaciones[52]. Tampoco menciona la "no imputación" del valor del legado a la legítima[53]. No obstante, ambas operaciones, orientadas al cálculo de la legítima, deben entenderse excluidas por la norma objeto de análisis, teniendo en cuenta su espíritu y finalidad, y por ser ésta la interpretación que resulta más favorable al viudo con discapacidad. El resultado será que la base para el cálculo de la legitima de los herederos forzosos será inferior al no tenerse en cuenta el valor del derecho de habitación y que el viudo recibirá, además del derecho de habitación sobre la vivienda familiar, su legítima (usufructo vidual) calculada sobre la referida base.

El propósito de la ventaja legal reconocida por el artículo 822.2 Cc es el de garantizar el derecho a una vivienda adecuada a sus particulares necesidades al legitimario con

[49] Entiendo que este trato de favor también se reconocerá al cónyuge viudo que, si bien al tiempo del fallecimiento del causante no cumple los porcentajes de minusvalía legalmente exigidos a efectos de reconocerse una discapacidad (minusvalía psíquica igual o superior al 33% o minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%; D.A. 4ª en relación con el artículo 2.2 Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad), se ve afectado por una enfermedad degenerativa que implique un incremento progresivo de su grado de discapacidad y que esté debidamente acreditada, tanto en su existencia como en su previsión de progresión. Y si el viudo no alcanza ninguno de esos referidos porcentajes individualmente considerados, pero sí los alcanza en cambio sumando la discapacidad física y la psíquica, soy partidaria, con DÍAZ ALABART, S. (*El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, en "Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad", coord. por PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, 2006, p. 95 y DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (2004), *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ibermutuatur y NABIU, p. 105), de aplicar también el artículo 822 Cc, con base en el principio de protección de las personas con discapacidad y del hecho incuestionable de que la discapacidad, así computada, es una discapacidad real.

[50] SANZ VIOLA, A.M. (2009), *El derecho de habitación legal a favor del discapacitado*, Actualidad Civil 2009, ref. 1713.

[51] GARCÍA HERRERA, V. (2018), *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, pp. 115-118. En contra, AMAT LLARI, M.E. (2005), *La protección del discapacitado en el ámbito laboral y en relación a la vivienda*, en "Jornadas sobre Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados", coord. por BELLO JANEIRO, D., Escola Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, pp. 17 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2004), *La reforma del Derecho de Sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*, Actualidad Civil, La Ley-Actualidad, ref. 26, p. 6; y SANZ VIOLA, A.M., Ob. cit., 3, p. 4.

[52] Las donaciones, tanto las colacionables como las no colacionables (*arg. ex* art. 818.2 en relación con los arts. 1041 *in fine*, 1042 y 1091, todos ellos del Cc) deben sumarse al *relictum* una vez deducidas las cargas y las deudas, y, por lo tanto, sí se computan para el cálculo de las legítimas. En cambio, los legados no se computan, sino que se reducen en lo que fueran inoficiosos o excesivos (art. 817 Cc). Sobre lo erróneo de esta expresión *vide* DÍAZ ALABART, S. *El discapacitado y la tangibilidad…*cit., pp. 105 y 106.

[53] La imputación del valor del legado implicaría dos cosas: por un lado, el valor del derecho de habitación podría reducirse si resultaran perjudicadas las legítimas de los herederos forzosos, y por otro, dicho derecho debería imputarse a la legítima del cónyuge viudo con discapacidad, disminuyendo así el *quantum* de la legítima que, en caso contrario, podría reclamar; *vide* AMAT LLARI, M.E., Ob. cit., p. 30.

discapacidad, ya sea este legitimario descendiente, ascendiente o cónyuge, confiriéndole el derecho a ocupar las piezas de la casa ajena que sean precisas para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su familia. Estamos ante un derecho de habitación que no se rige por las reglas generales consagradas en los artículos 524 a 529 Cc, que regulan el derecho de habitación "ordinario", sino por las específicas y particulares previstas en el precepto referido; se trata, en definitiva, de un derecho de habitación que está sometido a un régimen especial que encuentra su fundamento en la discapacidad del habitacionista, fundamento éste que es precisamente el que justifica sus notas caracterizadoras.

Pero existen tres supuestos en los que la constitución *ope legis* del derecho de habitación sobre la vivienda habitual quedaría excluida[54]:

1. Cuando la constitución del derecho de habitación sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo con discapacidad hubiera sido excluida expresamente por el causante; exclusión que no deberá ser justificada por éste, a diferencia de lo que sucede en sede de desheredación (*vide* art. 849 Cc).

2. Cuando el causante hubiera realizado cualquier disposición que fuera incompatible con el referido derecho de habitación a favor del cónyuge viudo, habiendo satisfecho de otro modo su necesidad de vivienda (por ejemplo, dejándosela en propiedad) o constituyendo el derecho de habitación a favor de otro u otros legitimarios (como sus hijos) que también cumplan con los presupuestos indicados en el artículo 822 Cc (discapacidad, necesidad de vivienda y convivencia con el causante al tiempo de su muerte). En estos casos, aun cuando el causante no haya excluido expresamente el derecho de habitación del viudo sobre la vivienda familiar, al no constituir dicho derecho a su favor, se entenderá que ha dispuesto otra cosa, de suerte que no operará a su favor dicho beneficio.

3. Cuando el cónyuge viudo no se halle en situación de necesidad, ya sea porque disponga de otra vivienda adecuada a sus particulares necesidades, ya sea porque disponga de varias y, aunque ninguna esté adaptada, pueda vender una para preparar la otra[55].

En principio, del tenor literal del artículo 822 Cc parece inferirse que el legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda familiar habitual únicamente tiene cabida en el ámbito de la sucesión testada (en efecto, dicho precepto se refiere literalmente al "*testador*") y no en el de la sucesión intestada. Pero esta interpretación significaría desconocer el espíritu y la finalidad perseguidos por el legislador en esta norma (art. 3.1 Cc), que no es sino la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada de la persona con discapacidad en sede sucesoria[56]. En consecuencia, el cónyuge viudo tendrá derecho a exigir que se constituya a su favor dicho derecho real sobre la vivienda familiar habitual titularidad del causante, tanto si éste hizo testamento y no incluyó una exclusión expresa en este sentido o realizó una disposición incompatible, como cuando no hubiera hecho testamento y se abra la sucesión intestada. Por ello entiendo que la denominación "legado legal" no es correcta en el ámbito que nos ocupa, que es el de la sucesión intestada[57]; un legado es una disposición que emana

[54] GARCÍA HERRERA, V., Ob. cit., pp. 121 y 122.
[55] DÍAZ ALABART, S., *El discapacitado y la tangibilidad…*cit., p. 104.
[56] GARCÍA HERRERA, V., Ob. cit., p. 122; MONESTIER MORALES, J.L. (2007), *Legados de habitación en favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación tributaria*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, www.refdugr.com, 1de noviembre de 2007, p. 16; NOGUERA NEBOT, J.L. (2006), *El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil*, Revista de Derecho de la UNED, n.1, 2006, p. 485; y SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2006), *Protección del patrimonio familiar*, coord. por SÁNCHEZ CALERO, F.J. y GARCÍA PÉREZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. A favor del sentido literal del precepto AMAT LLARI, M.E., Ob. cit., pp. 32 y 33.
[57] En palabras de ALBALADEJO GARCÍA, M. (*Curso de Derecho Civil, T. V*, 7ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 282 y 283), estos "legados legales" «solo tienen de común con el legado ser casos de sucesión a título particular, pero, no procediendo de la voluntad del difunto, no son legados ni se rigen por sus reglas, lo que no quiere decir que a falta de preceptos suyos propios no les puedan ser de aplicación por analogía las dictadas para los legados, si en el extremo de que se trate hay semejanza que lo justifique». En apoyo de nuestra argumentación puede aducirse que, aunque el legislador emplea esta terminología en la Exposición de Motivos de la Ley de Protección

de la voluntad del causante y que debe plasmarse en testamento, mientras que el mal llamado "legado legal" es una disposición o atribución patrimonial singular que puede ser ajena a una concreta voluntad manifestada en testamento[58].

Conviene advertir que la constitución de este derecho no es inmediata, puesto que necesita de su solicitud y aceptación por parte del beneficiario, en defecto de lo cual el cónyuge viudo únicamente podría continuar en el uso de la vivienda merced a la tolerancia de los hijos del causante. A tiempo del fallecimiento del causante, el viudo con discapacidad que reúna los presupuestos mencionados en el artículo 822 Cc, tendrá derecho a exigir la constitución a su favor sobre la vivienda familiar habitual del referido derecho de habitación. Y si bien es cierto que el precepto no indica un plazo para el ejercicio de este derecho a solicitar la constitución del derecho de habitación, el principio de buena fe que rige en el ejercicio de los derechos exige señalar como límite temporal para su ejercicio el momento de poner fin a la comunidad hereditaria, siendo lo habitual que se constituya al llevar a cabo la partición de la herencia, ya sea por acuerdo o por decisión judicial al amparo del artículo 822 Cc; será en la primera fase de las operaciones particionales, al hacer el inventario y detraer los bienes ajenos, cuando habrá que tener presente este derecho y el momento de solicitar su constitución, para contar con él al hacer los correspondientes lotes[59].

Cumpliendo los presupuestos reiterados el cónyuge podrá, merced a la referida atribución *ope legis* del legado legal, continuar en la vivienda hasta su muerte, hasta que cese su situación de discapacidad o hasta que concluya su estado de necesidad. En cualquier caso, es conveniente advertir que, si alguno o algunos de los hijos del causante también reunieran los requisitos del artículo 822 Cc, el viudo no progenitor no podrá impedir que convivan con él, puesto que a ellos también le será de aplicación la disposición contenida en dicho precepto.

En resumidas cuentas, siendo la vivienda familiar propiedad exclusiva o privativa del causante, no habiendo hecho éste testamento y concurriendo el viudo con los hijos de aquél, su permanencia en el inmueble (ya sea como usufructuario o como propietario merced a la conmutación del usufructo) dependerá de la voluntad de aquéllos[60] o, en defecto de acuerdo, de decisión judicial; ello salvo que se encuentre afectado por una discapacidad, en cuyo caso podrá continuar en la vivienda como legatario de un derecho de habitación concedido *ex lege* a su voluntad, si bien deberá convivir con los hijos del causante que se hallen en la misma situación y hayan solicitado también la constitución de dicho derecho.

b) El causante otorgó testamento

Para evitar que el viudo acabe siendo expulsado de la que fue su casa mientras vivió con su cónyuge premuerto o que tenga que acabar conviviendo con los hijos de éste, con lo que ello implica de posible inestabilidad y dificultad en la relación y la convivencia, lo más aconsejable será que el causante otorgue testamento, en el que podrá incluir alguna de las disposiciones siguientes a este respecto:

1. Si el valor de la vivienda no excede de lo que corresponde al cónyuge viudo en concepto de usufructo vidual, el causante puede realizar en testamento la partición de sus bienes *ex* art. 1056 Cc, conmutando dicho usufructo y atribuyendo al viudo la vivienda en propiedad o constituyendo a su favor sobre la misma un derecho real vitalicio que le permita su uso y disfrute exclusivo y

Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en cambio la evita en el texto de su articulado para obviar todo debate acerca de la naturaleza de este legado.

[58] FLORES RODRÍGUEZ, J. (2005), *El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado*, Revista Jurídica del Notariado, n. 54, abril-junio 2005, p. 93.

[59] SANZ VIOLA, A.M., Ob. cit., p. 5.

[60] Si tenemos en cuenta que en muchas herencias la vivienda es el bien de mayor valor, los hijos del causante optarán por conmutar al viudo no progenitor su usufructo vidual, obligándole a salir de la vivienda en la que vivió y convivió con su cónyuge premuerto hasta el fallecimiento de éste.

excluyente. No obstante, advierto que la posibilidad de que el causante imponga en testamento la conmutación del usufructo del cónyuge viudo es discutible y discutida; mientras que algunos entienden que tal disposición escapa al ámbito de voluntad del causante, otros consideran que sí es posible que el causante imponga tal conmutación al viudo, pero no a los legitimarios cuando el usufructo vidual recaiga sobre el tercio de mejora, porque privar a éstos de su libre opción significaría imponer un gravamen sobre dicho tercio de legítima.

2. Si el valor de la vivienda excede del valor del usufructo vidual, el causante puede instituirlo heredero en el tercio de libre disposición y, en ejercicio de su facultad particional *ex* artículo 1056 Cc, adjudicar al viudo la vivienda en propiedad o constituir sobre ella a su favor un derecho real que le garantice su uso exclusivo y excluyente. Incluso, si el valor de la vivienda cupiera junto con otros bienes en el tercio de libre disposición, el causante podría legar al viudo la vivienda o un derecho de habitación vitalicio sobre ella.

3. El testador puede prohibir en testamento la conmutación del usufructo vidual en cuanto manifestación de su facultad particional *ex* artículo 1056 Cc; de modo que, si la vivienda es el bien único o el más importante de la herencia, el usufructo vidual recaerá sobre ella y el viudo no tendrá que abandonarla, si bien no podrá impedir que la ocupen también los hijos del causante en cuanto nudos propietarios. También puede, por la misma razón, facultar al cónyuge viudo para solicitar la conmutación de su usufructo por la propiedad de la vivienda o por un derecho real que le permita permanecer en ella hasta su fallecimiento.

4. Si el cónyuge viudo padeciera alguna discapacidad, el causante podría constituir a su favor un derecho de habitación (*ex voluntate*) merced a una donación (*inter vivos*) o a un legado (*mortis causa*) *ex* articulo 822 Cc (siempre, por supuesto, que se cumplan los demás presupuestos mencionados a estos efectos en dicho precepto). En este caso, el valor del derecho de habitación no se tendría en cuenta para el cálculo de la legítima. La reducción del legado, la imputación de éste o de la donación a la legítima, y la colación de la donación, quedarán excluidas en cuanto operaciones orientadas al cálculo de la legítima[61]. Aun cuando el artículo 822 Cc no menciona expresamente todas estas operaciones en cuanto excluidas (solo habla de "no computar"), esta es la interpretación que mejor se aviene con el espíritu y finalidad de la norma.

   De este modo, el cónyuge viudo recibiría el usufructo vidual, el tercio de libre disposición (si es que le instituyó heredero en este tercio) y el derecho de habitación (legado o donado) sobre la vivienda, de suerte que podría continuar en la misma hasta que fallezca, hasta que cese su discapacidad o hasta que concluya su estado de necesidad. Además, si teniendo hijos en la misma situación, el causante hubiera constituido el derecho de habitación exclusivamente a favor del viudo, éste no tendrá que soportar la convivencia con aquéllos, pues no podrán solicitar la constitución del legado legal del derecho de habitación *ex* artículo 822.2 Cc porque, aun cuando el testador no lo hubiera excluido expresamente, deberá entenderse que dispuso otra cosa.

5. El causante puede constituir a favor del cónyuge viudo un usufructo universal con cláusula de opción compensatoria de la legítima o cautela socini. El

[61] A favor de esta interpretación también AMAT LLARI, M.A. (Ob. cit., p. 31), que escribe sobre el particular que «esta interpretación es evidentemente la más favorable para el discapacitado y seguramente es la que debe defenderse ya que es la única que parece razonable para obtener la finalidad que haya que pensar que busca la norma y debe recordarse que de acuerdo con el artículo 3.1 *in fine* al interpretar debe atenderse fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquella, aunque quizá interpretarlo de esta manera supone forzarla hasta un punto inadmisible».

causante instituiría al viudo de este modo en el usufructo universal sobre el total del patrimonio relicto (menos los legados), asegurándole el mantenimiento de la posición que ocupaba mientras él vivía y reforzándola frente a sus hijos (del causante). Y es que esta disposición responde al sentir general de ampliar y garantizar la posición del viudo permitiendo a éste el disfrute de todos los bienes hereditarios y el acceso a los rendimientos de todos los activos[62]. Como con acierto sostuvo PUIG PEÑA, F.[63], la admisibilidad de este usufructo universal se fundamenta en razones de justicia y de convivencia. En su virtud, el cónyuge viudo no ve limitada o disminuida la soberanía doméstica que tuvo sobre el patrimonio familiar hasta la muerte del causante y se respeta la voluntad de éste, que suele ser la de que aquél continúe en la misma posición que ostentaba mientras él vivía.

Con el régimen sucesorio actual y vigente "en la mano", este usufructo únicamente sería posible en el caso de que el cónyuge fuera el único heredero, es decir, en defecto de hijos y descendientes y de padres y ascendientes del causante; en este supuesto, el causante podría dejarle toda la herencia en usufructo (adjudicando a otros la nuda propiedad) o en propiedad. Pero su uso cuando existen otros legitimarios no está legalmente reconocido, si bien es una práctica testamentaria y una realidad sociológica incuestionable[64] y cuenta además con el favor de la doctrina[65] y de la jurisprudencia[66] en base a la disposición contenida en el artículo 820.3 Cc, a cuyo tenor "*Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: (…) 3º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador*", entendiéndose que, aunque este precepto se refiere expresamente al "usufructo o renta vitalicia", es aplicable a toda carga o limitación.

La cláusula compensatoria de la legítima o cautela socini[67] es una cláusula que el testador puede utilizar para dejar a sus legitimarios más de lo que les corresponde *ex lege* por legítima estricta, pero gravado con una carga (la de soportar el usufructo universal del cónyuge viudo) y con la advertencia de que si no aceptan dicha carga perderán lo que les dejó de más (por encima del mínimo legal), debiendo conformarse entonces con la parte de legítima estricta que les corresponda *ministerio legis*[68]. La cautela socini va acompañada de la prohibición de solicitar la intervención judicial en el reparto de la herencia.

---

[62] TORRES GARCÍA, T.F. (2006), *Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)*, en AA.VV. "Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, pp. 173-230, en concreto p. 227.

[63] *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Pirámide, Madrid, p. 494.

[64] IRURZUN GOICOA, D. (2011), *La cautela socini y la práctica notarial*, El Notario del siglo XXI, 2011, n. 37.

[65] Por todos, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014), *La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria*, La Ley 8344/2014; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997), *Derecho de Sucesiones, T. II,* Bosch, Madrid, p. 92; ROMERO COLOMA, A.M. (2012), *Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica*, La Ley 3295/2012; SANTAMARÍA, J. (1958), *Comentarios al Código civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 805; SERRANO CHAMORRO, M.E. (2017), *¿Puede el testador prohibir a sus herederos la intervención judicial en su testamento?*, La Ley 18255/2017; y VALLET DE GOYTISOLO, J. (1991), *Comentarios del Código civil, T. I*, Ministerio de Justicia, p. 2003 y *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. XI*, dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M., 1982, pp. 152 Y 153.

[66] Entre otras, SSTS 17 de enero de 2014 (835/2013), 3 de septiembre de 2014 (254/2014) y 19 de julio de 2018 (464/2018).

[67] También conocida como cautela Gualdense (por apoyarse en un dictamen emitido por el Jurisconsulto Mariano Socini Gualdense) o como cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Ángelo Ubaldi).

[68] El Tribunal Supremo define la cautela socini en su Sentencia de 21 de noviembre de 2011 (8159/2011) como «aquella que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de los que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario

Merced a esta disposición, el causante colocaría a sus hijos ante la alternativa de recibir en plena propiedad su legítima estricta o en nuda propiedad una porción hereditaria superior. Se trata, por lo tanto, de un derecho de opción o facultad alternativa que se reconoce a los hijos y que está sujeta a su libre decisión, de suerte que el causante no les impone nada, sino que les permite su ejercicio en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses. En este sentido, el testador establece dos vocaciones alternativas a favor de los hijos: una que consiste en recibir la porción de legítima estricta que le corresponde por disposición legal, y otra que consiste en recibir una porción mayor. Por ello, tal y como se reconoce por el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de mayo de 2013 (STS 280/2013), «pese a su usual redacción bajo una apariencia de sanción, la cautela socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación impuesta, no constituye un *frau legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (art. 813 Cc), pues su alcance en una sucesión abierta y, por lo tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes». En este segundo supuesto, la extensión del usufructo se reducirá en proporción al número de legitimarios que se opongan al mismo, si bien nunca podrá quedar con un valor inferior al que corresponda al cónyuge viudo por usufructo vidual. Y para el caso de que el usufructo universal fuera rechazado por todos, en la misma cláusula testamentaria suele preverse el otorgamiento al cónyuge viudo del tercio de libre disposición en plena propiedad, sin perjuicio del usufructo vidual que le corresponda por ley; en este concreto supuesto, es cierto que los legitimarios recibirán más de la legítima estricta, ya que también serán beneficiarios del tercio de mejora, pero no lo es menos que perderán el dominio del tercio de libre disposición.

El derecho del legitimario queda respetado, ya que puede escoger libremente entre ambas alternativas y, lejos de implicar una sanción (STS 2529/2020, de 27 de mayo de 2010), supone un beneficio al legitimario, ya que en caso de no impugnar el testamento y oponerse al usufructo universal, recibirá más de lo que le corresponde *ex lege*. La prohibición de la intervención judicial y las consecuencias de recibir únicamente la legítima estricta o corta son reflejo del principio según el cual *quien puede lo más puede lo menos*; quien puede lo más, que es renunciar a la legítima, puede lo menos, que es admitirla con un gravamen. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de diciembre de 2001, en la que afirma que «el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla». El objetivo de la admisión de esta cautela es dar primacía en materia sucesoria a la voluntad del testador, que es precisamente la de ofrecer una opción al heredero respetando en todo caso la legítima que le corresponda *ex lege*. La cautela socini no puede afectar a la legítima estricta; ésta es intocable (STS

no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta».

8159/2011, de 21 de noviembre de 2011). La potestad dispositiva y distributiva ejercitada por el testador en la cláusula testamentaria no infringe el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, puesto que la alternativa u opción que acompaña la configuración testamentaria de esta cautela determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta.

En el ejercicio de esta alternativa debe advertirse que «lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el cumplimiento de la prohibición (la intervención judicial en el reparto de la herencia) que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por el contrario, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a determinar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos en la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción» (STS 717/2014 de 21 de abril de 2015; también STS 1929/2015 de 21 de abril de 2015).

El usufructo vitalicio tiene la consideración de legado de cosa cierta y específica (arts. 822 y 886 Cc) y, en cuanto tal, no le son de aplicación las normas sobre conmutación del usufructo vidual, cumpliendo el heredero únicamente cuando entrega dicho usufructo al morir el causante (STSJ Illes Ballears de 6 de mayo de 2013). Los herederos solo pueden conmutar la cuota usufructuaria del tercio de mejora, ya sea en virtud de acuerdo o, en su defecto, por mandato judicial de acuerdo con el ya citado artículo 839 Cc. Pero este precepto no es de aplicación a la porción de usufructo que corresponde al cónyuge viudo por expresa disposición testamentaria en virtud de legado del causante y que grava los otros dos tercios de la herencia (legítima estricta y tercio de libre disposición), de manera que el cónyuge viudo no podrá ser obligado a aceptar en su lugar una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, pues si la voluntad del testador de dejar el usufructo universal y vitalicio a su cónyuge viudo es clara, la pretensión de conmutar el usufructo infringiría directamente la disposición testamentaria (SAP Sevilla 229/20202 de 18 de junio de 2020). Por otra parte, si los legitimarios decidieran ocupar la vivienda amparándose en su condición de nudos propietarios, la condición del cónyuge viudo de usufructuario universal y vitalicio le legitimaría para ejercitar una acción de desahucio contra aquéllos por ocupación indebida de la vivienda, si bien esta consideración que acabo de hacer ha sido criticada por la doctrina[69] por

[69] NÚÑEZ MUÑIZ, M.C. (2015), *El usufructo universal y el legado de usufructo universal: un análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 747, 2015, pp. 434-450, en concreto p. 444.

considerar que vulnera el artículo 813 Cc, puesto que el heredero no tiene por qué aceptar el usufructo universal con cautela socini.

B) El cónyuge premuerto y el cónyuge viudo estaban casados en régimen de gananciales y la vivienda pertenecía a ambos *pro indiviso*

Cuando uno de los cónyuges fallece el matrimonio y, consecuentemente, la sociedad de gananciales se disuelven (arts. 85 y 1392Cc), surgiendo lo que se denomina por la jurisprudencia una "comunidad postganancial", que no es sino un patrimonio separado pendiente de liquidación para determinar la adjudicación de los bienes que lo componen al cónyuge viudo y a los herederos del fallecido. En tanto en cuanto no quede liquidado el patrimonio ganancial, no es posible concretar los bienes que corresponden a cada uno de sus partícipes. El régimen de la comunidad postganancial ya no es el de la sociedad de gananciales, sino el de un conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el todo que subsistirá hasta que, realizadas las operaciones de liquidación-división, se materialice para cada comunero una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos[70].

Determinados los bienes y derechos que corresponden al fallecido, éstos, junto con sus bienes privativos (si los tenía), integran su patrimonio hereditario. Pues bien, en el caso de extinción y liquidación de la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, los artículos 1406 y 1407 Cc reconocen al cónyuge viudo un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar habitual, pudiendo éste pedir, a su elección, que se le atribuya en propiedad o que se constituya a su favor sobre la misma un derecho de habitación, debiendo, en el caso de que el valor de la vivienda o del derecho sobre ella supere al de la cuota que le corresponda, abonar a los herederos la diferencia en metálico. El artículo 1406.4 Cc dispone que "*Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: 4º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual*", a lo que añade el artículo 1407 Cc que "*En los casos de los números 3º y 4º del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación*[71]*. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero*".

Por lo tanto, si en la liquidación de la sociedad de gananciales hay bienes suficientes para que el viudo se adjudique la vivienda en propiedad o para solicitar la constitución sobre la misma a su favor de un derecho de habitación vitalicio, podrá hacer una cosa o la otra si así lo desea, conservando además sobre el patrimonio hereditario del causante el usufructo vidual o, en su caso, los derechos sucesorios que le hubiera reconocido éste en testamento (u otro documento sucesorio). Si, en caso contrario, no hubiera bienes bastantes a estos efectos, el viudo podrá adjudicarse la vivienda en propiedad o solicitar la constitución sobre la misma a su favor de un derecho de habitación siempre y cuando abone en dinero a los herederos del

[70] De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006 (STS 6042/2006), «Esta Sala ha declarado reiteradamente que durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postganancial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el "*totum*" ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros —Sentencia de 17 de febrero de 1992 que recoge la doctrina de las de 21 de noviembre de 1997 y 8 de octubre de 1990 citadas por la Sentencia de 7 de noviembre de 1997—; en dicha comunidad los cotitulares siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas que serán materializadas tras la división-liquidación en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos que se les adjudiquen».

[71] El derecho de habitación es el que mejor encaja en el artículo 1406.4 Cc.

causante el exceso de valor; y del mismo modo que ocurre en el supuesto anterior, conservaría además sobre el patrimonio hereditario de su cónyuge premuerto los derechos sucesorios que le correspondan *ex lege* o *ex voluntate*. Y, si en la liquidación de la sociedad de gananciales no hubiera bienes bastantes para que el viudo se pudiera adjudicar en propiedad la vivienda ni para que pudiera solicitar la constitución sobre ella de un derecho de habitación, y tampoco dispusiera de recursos para poder satisfacer en dinero a los herederos del causante el exceso de valor del bien o del derecho real, surgirá una comunidad de bienes sobre dicho bien integrada por el viudo y los herederos del causante, correspondiendo una cuota del 50% a aquél y otra del 50% a éstos. En los tres casos el viudo podrá continuar en la vivienda. En los dos primeros, podrá hacerlo en concepto de propietario o de titular de un derecho real de habitación, y en el tercero, en cuanto copropietario de la vivienda y titular del usufructo vidual (o de los derechos que el causante le hubiera reconocido en testamento) (art. 394 Cc). Pero en este último supuesto, el viudo no podrá impedir a los hijos del causante que también utilicen la vivienda según su derecho. El cónyuge viudo y los hijos del causante podrán compelerse recíprocamente a poner fin a la copropiedad, comprando uno/s la parte del/de los otro/s (art. 400.1 Cc) y, en caso de no llegar a un acuerdo a este respecto, cualquiera de ellos podrá ejercitar la *actio communi dividundo*, de manera que sea el Juez el que decida y autorice la adjudicación a uno de los hasta entonces copropietarios, el cual deberá compensar a los demás, o acuerde la venta de la vivienda en pública subasta repartiéndose el precio obtenido entre los copropietarios según sus cuotas (art. 404 Cc). Si existiera acuerdo por parte de todos los copropietarios (por ejemplo, a cambio del pago de una cuota), puede reconocerse al cónyuge viudo el disfrute y uso exclusivo de la vivienda, y en garantía del cumplimiento de este acuerdo, las partes implicadas podrían firmar un pacto de exclusión de conformidad con el cual los copropietarios no podrían exigir la división de la cosa común por cierto tiempo, que no podrá superar los 10 años, plazo éste que es prorrogable por otros 10 años más en virtud de nuevo acuerdo (art. 400.2 Cc).

Si el cónyuge viudo estuviera afectado por alguna discapacidad y reuniera los presupuestos mencionados por el artículo 822 Cc, podrá solicitar que se constituya a su favor (legado legal) un derecho de habitación sobre la vivienda, en este caso sobre el 50% de la misma, que es la cuota que pertenece a la herencia, siempre y cuanto el causante no lo hubiera excluido expresamente o hubiera establecido otra cosa. Si bien en este caso el viudo no podrá impedir que soliciten la constitución de dicho derecho a su favor el hijo o los hijos del causante que también reúnan dichos presupuestos, salvo que el causante lo hubiera excluido o hubiera dispuesto otra cosa, viéndose por tanto obligado a convivir con dicho o con dichos herederos.

Para evitar que el viudo sea obligado a abandonar la vivienda o que deba convivir con hijo/s del causante, es conveniente que éste otorgue testamento. Con el objetivo de garantizar la permanencia del viudo en la vivienda, el causante puede incluir las siguientes disposiciones:

1. Puede dejarle en propiedad el tercio de libre disposición, además del usufructo vidual que le corresponde sobre el tercio de mejora *ex lege* y, haciendo uso de la facultad particional que le confiere el artículo 1056 Cc, adjudicarle en partición la propiedad del porcentaje de vivienda que le correspondía y que ahora forma parte su herencia o un derecho de habitación sobre ella. Ello será posible, por supuesto, siempre que el valor de la herencia lo permita.

2. Si el cónyuge viudo es persona con discapacidad, el causante puede constituir a su favor sobre la parte de vivienda que forma parte de su herencia un derecho de habitación *ex* artículo 822 Cc, que garantizará su permanencia en ella hasta su muerte o al menos hasta que cese su discapacidad o el estado de necesidad de vivienda. En este caso, si el causante tuviera hijo o hijos también afectados por alguna discapacidad, estos no podrán solicitar el legado legal del artículo 822.2 Cc, pues se entendería que el causante dispuso otra cosa.

3. El causante puede constituir a favor del cónyuge viudo un usufructo universal con cláusula de opción compensatoria de la legítima o cautela socini, estableciendo, para el caso de que sus hijos no lo aceptaran, la atribución en propiedad a favor del viudo

del tercio de libre disposición. Además, en este caso, haciendo uso de la facultad particional que se le reconoce por el artículo 1056 Cc, podría adjudicar al viudo la propiedad de su parte de la vivienda o constituir sobre ésta a su favor un derecho de habitación.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*

Si tenemos en cuenta la edad a la que se alcanza la viudez en la actualidad, ocurre con frecuencia que cuando llega este momento el viudo/a queda en una situación de vulnerabilidad, ya no solo por cuestiones de edad, que además en muchos casos lleva aparejada situaciones de dependencia y discapacidad, sino también porque los recursos económicos a estas edades son más escasos, limitándose a la percepción en su caso de una pensión de jubilación y de una pensión de viudedad, además del patrimonio familiar que, junto a su cónyuge premuerto, hubieran ido formando y conservando y que, en la mayoría de los supuestos se integra, como único bien o como bien más importante, por la vivienda familiar[72].

La longevidad comporta pérdida de la autonomía personal y, en consecuencia, necesidad de apoyo y de cuidados, sobre todo de larga duración, y en muchas situaciones discapacidad. Si a ello añadimos la posición tan débil que ocupa el viudo en el actual sistema sucesorio, y que cuando concurre a la sucesión con hijos de su cónyuge premuerto todavía se encuentra más desamparado como regla general, el resultado es una vulnerabilidad todavía mayor, que puede acabar dando lugar a que la persona quede en desamparo, sin recursos y desalojada de la que hasta la muerte de su cónyuge había sido su vivienda. Si en muchos casos los hijos comunes (de premuerto y viudo) ven la herencia de sus progenitores como algo suyo por derecho, cuando los hijos no son comunes, sino que son hijos solo del causante, la situación todavía se complica más ante la inexistencia de lazos de sangre que puedan inducir a algún tipo de compasión con el viudo no progenitor. No son extraños los casos en los que, pese a haber convivido los hijos del causante con el ahora viudo y su progenitor durante mucho tiempo, habiéndose ocupado éstos de su alimentación (en sentido amplio) y cuidado hasta mucho más allá de alcanzada la mayoría de edad, la muerte del progenitor determina que estos hijos inicien una guerra contra el que no es su progenitor con el objetivo de hacerse con todo lo que era de su progenitor y que por supuesto consideran suyo, actitud ésta que no es ética ni moral por vulnerar la justicia y la dignidad de la persona, pues lo justo no es dejar al viudo en desamparo.

En la realidad familiar actual prima la relación conyugal sobre la intergeneracional. Los cónyuges son los verdaderos compañeros de vida[73]. En cambio, el sistema sucesorio beneficia

---

[72] ESTELLÉS PERALTA, P.M. (*El valor de la "conyugalidad": la conveniencia de una revisión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y su posible discapacidad ante la nueva realidad socio-familiar*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n. 20 bis, junio 2024, pp. 554-601, en concreto p. 557) propone que, cuando el cónyuge viudo se halle en situación de vulnerabilidad, por razón de edad, de discapacidad o de insuficiencia de recursos económicos, su posición en el orden sucesorio debería anteponerse a la de los ascendientes e incluso a la de los descendientes, tomando como fundamento la dignidad de la persona. *Vide* también GALICIA AIZPURUA, G.H. (2020), *Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil Español*, Iura Vasconiae, n. 17, 2020, pp. 315-340, en concreto p. 329.

[73] Sobre este particular CABELLO HERNÁNDEZ, J.R. (2023), *Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en Derecho Español de Sucesiones*, Revista Boliviana de Derecho, n. 36, julio 2023, pp. 116-145; LÓPEZ LÓPEZ, M.T., GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V. y SÁNCHEZ FUENTES, A.J. (2015), *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid, pp. 54 y ss.; LUNA SERRANO, A. (2014), *Unas breves reflexiones para una reforma del Derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual*, en AA.VV. "El patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista", dir. por LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P. y TORRES LANA, J.A., Dykinson, Madrid, p. 6; PÉREZ GALLARDO, L.B. y PEREIRA PÉREZ, J. (2023), *Del cuidado familiar como derecho humano*, Revista de Derecho Privado, n. 4/2023, pp. 3-24, en concreto p. 14; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (2022), *¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?*, en AA.VV. "Dolencias del Derecho de Sucesiones 130 años después de la aprobación del Código Civil Español, dir. por ESTELLÉS PERALTA, P.M., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 193-268, en concreto p. 257; y VAQUER ALOY, A. *Derecho a la legítima…*cit., p. 79.

a los hijos y descendientes, así como a los padres y ascendientes, mucho más que al cónyuge viudo; coloca en mejor posición a quienes no participan en la creación ni en la conservación del patrimonio familiar y, en muchos casos, abandonan o desatienden a sus progenitores cuando éstos alcanzan edades avanzadas[74], sin que se haga depender su condición de legitimarios de la existencia de *affectio*. Si el hogar se construye y se mantiene con el esfuerzo y con el sacrificio de los cónyuges, a éstos debería reconocerse, a cada uno de ellos a la muerte del otro, un interés preferente para acceder a la propiedad o, como mínimo, al uso de la que fue su vivienda familiar hasta su fallecimiento[75] (como beneficiario de un derecho de usufructo o de un derecho de habitación), aun cuando con ello se viera afectada la legítima estricta. Garantizar al viudo, sobre todo cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad motivada por razones de edad, de recursos o de discapacidad, su permanencia en la vivienda en la que vivió y convivió con su cónyuge premuerto es lo más justo y garantista con la dignidad de aquél. Y en el caso particular de las familias reconstituidas, podría condicionarse el reconocimiento de este derecho subjetivo a que el viudo no contraiga nuevo matrimonio, no conviva en análoga relación de afectividad y no tenga hijos con un tercero, salvo pacto en contrario o que el causante hubiera dispuesto otra cosa.

Además, una previsión de este tipo no sería extraña a nuestro ordenamiento jurídico, ya que algunos Derechos Forales (Catalán, Navarro, Aragonés y Vasco) recogen disposiciones orientadas precisamente a facilitar la permanencia del viudo en la vivienda familiar, y de ellos alguno incluso se refiere en concreto a las familias reconstituidas al tratar la posible concurrencia del viudo con hijos solo del causante.

El Código civil de Cataluña (art. 442-3 "*Sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en pareja estable superviviente*", art. 442-4 "*Usufructo universal*" y art. 442-5 "*Conmutación del usufructo*") atribuye al cónyuge viudo o pareja estable superviviente un usufructo universal sobre la herencia del premuerto libre de fianza si concurre con hijos o descendientes. Este usufructo se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio a favor de otras personas, ni a las donaciones *mortis causa*. No obstante, se les reconoce la posibilidad de ejercitar la opción de conmutación que les confiere el artículo 442-5, que les permite optar, dentro del plazo de 1 año a contar desde la muerte del causante y siempre y cuando no hayan aceptado expresamente la adjudicación del usufructo universal, por conmutar el usufructo por la atribución de la cuarta parte alícuota de la vivienda[76] y el usufructo de la vivienda conyugal o familiar, siempre que esta forme parte del activo hereditario y el causante no hubiera dispuesto de ella en codicilo o pacto sucesorio, o de la parte que pertenecía al causante si ambos eran copropietarios. Este derecho se reconoce de manera vitalicia, extinguiéndose únicamente por las causas de extinción del usufructo, y no por el hecho de que el viudo contraiga nuevo matrimonio o conviva maritalmente con un tercero.

El Fuero Nuevo de Navarra (ley 253 "*Concepto*" de usufructo de viudedad) concede al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho un usufructo sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto (a excepción de los mencionados en la ley 255). También reconoce este usufructo a favor de la pareja estable si le hubiera sido concedido por el causante en testamento, pacto sucesorio, donación *mortis causa* o cualquier otro acto de disposición

[74] De acuerdo con el primer Censo de Centros Residenciales de España publicado por el IMSERSO en el año 2024 con datos del año 2022 (el segundo Censo se publicará a lo largo de este año 2025), en España existen 6831 centros residenciales, de los cuales 5188 son para personas mayores y el resto para personas con discapacidad o mixtos. En las residencias para mayores había en el año 2022 un total de 381514 plazas, de las cuales se utilizaron 320434, con un predominio de mujeres (69,10%) y de personas mayores de 80 años (75,40%).

[75] DÍAZ ALABART, S. (2023), *Las legítimas de padres y ascendientes: una figura a revisar*, Revista de Derecho Privado, n. 2/2023, pp. 117-142, en concreto p. 130.

[76] Para calcular la cuarta parte alícuota de la herencia dispone el art. 442-5 que "*se parte del valor de los bienes del activo hereditario líquido en el momento de la muerte del causante y se descuentan los bienes dispuestos en codicilo o pacto sucesorio y, si procede, el valor del usufructo de la vivienda que también se atribuye al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente, pero no las legítimas*". Esta parte alícuota podrá pagarse al cónyuge viudo o pareja estable superviviente, a elección de los herederos, con la adjudicación de bienes de la herencia o con dinero, aplicando las reglas del legado de parte alícuota.

reconocido en la Compilación (ley 113). Este usufructo se extingue, además de por la muerte del usufructuario y por la renuncia expresa en escritura pública, por contraer este matrimonio o por unirse en pareja estable o convivir maritalmente con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del premuerto.

El Código de Derecho Foral Aragonés (art. 192 "*Derecho de viudedad*") atribuye al viudo el derecho de viudedad[77] sobre todos los bienes del premuerto (reconocimiento reiterado en otros perceptos, como el art. 271 y el 283), a excepción de los bienes que éste hubiera recibido a título gratuito con prohibición de viudedad o para que a su fallecimiento pasen a tercera persona y de aquellos bienes que el causante hubiera excluido del usufructo vidual que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que el valor de estos bienes no exceda de la mitad del caudal hereditario (art. 283.3). Este derecho es compatible con cualquier régimen económico matrimonial y puede excluirse o limitarse en escritura pública o testamento por pacto de los cónyuges (para los dos o para solo uno de ellos) o regularlo como quieran; en el caso de que pacten la exclusión del derecho expectante de viudedad en escritura pública, conservará el usufructo vidual. El usufructuario y los nudos propietarios pueden pactar la transformación, modificación o extinción del usufructo como estimen adecuado (art. 291). Y por lo que se refiere a las causas de extinción del usufructo, el artículo 301.c menciona el nuevo matrimonio y la convivencia marital estable con un tercero, si bien permite pacto en contrario de los cónyuges o disposición en contrario del causante.

Por lo que se refiere a la Ley de Derecho Civil Foral Vasco (art. 54 "*Derecho de habitación del cónyuge o miembro supérstite de la pareja de hecho*"), reconoce al viudo y al conviviente de hecho supérstite un derecho de habitación sobre la vivienda habitual familiar condicionado a que no contraiga nuevo matrimonio o mantenga la viudedad, no tenga vida marital con un tercero ni tenga hijos no matrimoniales; ello además de reconocerle su legítima, que según el artículo 52 consiste en el usufructo de la mitad de los bienes del causante, si concurre con descendientes, o de dos tercios de dichos bienes en defecto de éstos. Además, en el artículo 57[78] se reconoce al causante la posibilidad de disponer a favor del viudo o conviviente de hecho supérstite del usufructo universal de sus bienes, considerándose este legado, salvo disposición expresa del causante, incompatible con el de la parte de libre disposición.

Y la Ley de Derecho Civil de Galicia (arts. 253 a 257) atribuye al viudo una legítima del usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario, si concurre con descendientes, y de la mitad en defecto de éstos. Se permite al causante satisfacer esta legítima atribuyendo al viudo por cualquier título (en usufructo o en propiedad) bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión. Si el causante no dijera nada a este respecto y tampoco lo prohibiera, los herederos podrán conmutar la legítima del cónyuge viudo por algunas de las atribuciones referidas y optar por la modalidad de pago, pero deberán acordar con el viudo los bienes y derechos en que se concretará la conmutación, decidiendo la autoridad judicial en defecto de acuerdo. No obstante, con carácter preferente a esta facultad de conmutar de los herederos, se reconoce al viudo, en tanto no exceda de su cuota usufructuaria, la facultad de optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local donde ejerciera su profesión o la empresa en que viniera desarrollando su trabajo.

Si tenemos en cuenta que en España se estima que solo otorga testamento un 15% de la población (aproximadamente), resulta que quedan muchísimos viudos en la situación de desprotección descrita en este trabajo. Muchos de ellos acaban trasladándose, voluntariamente o por obligación (ante la pérdida de su vivienda por ser ésta adjudicada a

[77] De acuerdo con el art. 276 el derecho de viudedad se extingue por la disolución del matrimonio por causa diversa a la muerte, por la declaración de nulidad del matrimonio, por la separación legal de los cónyuges ante Notario, por la admisión a trámite de la demanda de separación, de nulidad matrimonial o de divorcio interpuesta por uno o por ambos cónyuges, y por la petición de separación o de divorcio de mutuo acuerdo, a menos que acuerden su mantenimiento mientras que el matrimonio subsista.

[78] LLEDÓ YAGÜE, F. (2020), *Artículo 57. Usufructo universal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho*, en "Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco", dir. por A.M. URRUTIA BADIOLA, F. LLEDÓ YAGÜE y O. MONJE BALMASEDA, Dykinson: AVD - ZEA. Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiapágs, pp. 509-513.

los herederos de su cónyuge premuerto), a centros e instituciones dedicadas al cuidado y atención de las personas mayores, máxime cuando no tienen hijos propios y los herederos son hijos solo del premuerto. Reitero que es injusto que estas personas, que siendo o no titulares de la vivienda familiar, han contribuido con su trabajo y esfuerzo a su mantenimiento, sean "desahuciadas"; ello vulnera su dignidad y su derecho a una vivienda adecuada a sus particulares necesidades cuando, como suele ocurrir, dicha vivienda está adaptada (rampas de acceso, pasamanos, duchas accesibles…). Lo cierto es que en muchos casos esta situación es consecuencia de un desconocimiento acerca del sistema sucesorio; y también es verdad que como regla general las personas desean que, a su fallecimiento, la persona que ha sido su compañera de vida continúe viviendo en la casa que era su hogar. Por eso y para garantizar la permanencia del viudo que concurre con hijos del causante en la vivienda familiar, sería conveniente que ese derecho de usufructo o de habitación que venimos defendiendo se reconociera *ex lege*, admitiéndose su exclusión por voluntad del causante. Yo creo que esto sería más coherente con la realidad actual y con los deseos generalizados de las personas mayores; de este modo el cónyuge viudo seguiría viviendo en la vivienda familiar a menos que el causante hubiera excluido esta posibilidad o hubiera dispuesto otra cosa, respetándose en todo caso la voluntad de éste. Y, en garantía de la tranquilidad de los hijos (nudos propietarios) del causante podría establecerse la posibilidad de que éste condicionara la atribución a que el viudo no contraiga nuevo matrimonio, conviva en situación de análoga afectividad o tenga hijos con un tercero.

Para terminar, y con el propósito de resaltar todavía más la debilidad de la posición del cónyuge frente a la de los demás legitimarios, decir que no se comprende por qué no se ha incluido al cónyuge viudo que se halle en situación de discapacidad (e incluso al que se encuentre en una situación de vulnerabilidad por razones de edad) en la disposición contenida en el artículo 808 Cc tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; este precepto permite que, habiendo hijos en situación de discapacidad, el causante disponga en testamento a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios (sin discapacidad), y ordena que lo recibido de esta forma quede gravado con una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los no beneficiarios que impida al beneficiario disponer de los bienes afectados a título gratuito y mortis causa.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997), *Curso de Derecho Civil, T. V*, 7ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona.

ALIAGA CASANOVA, A.C. (2017), *Las familias reconstituidas: la necesidad de su previsión legal y los principios inspiradores de su tutela* judicial, en Libro de Familia, Revista Jurídica de Derecho de Familia, n. 8, diciembre de 2017, Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria.

AMAT LLARI, M.E. (2005), *La protección del discapacitado en el ámbito laboral y en relación a la vivienda*, en "Jornadas sobre Protección Jurídica y Patrimonial de los Discapacitados", coord. por BELLO JANEIRO, D., Escola Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, pp. 17 y ss.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2022), *Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código civil*, en AA.VV. "Dolencias del Derecho Civil de Sucesiones 130 años después de la aprobación del Código civil", dir. por ESTELLÉS PERALTA, P.M., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 411-469.

ARRANZ, E., OLABA-PRIETA, F. y ANTOLÍN, L. (2010), *Análisis comparativo de las nuevas estructuras familiares como contextos potenciadores del desarrollo psicológico infantil*,

Infancia y Aprendizaje, n. 33, pp. 503-513, https://www.doc.org/10.1174/021037010793139653.

AYUSO SÁNCHEZ, L. (2019), *Nuevas imágenes del cambio familiar en España*, Revista Española de Sociología, n. 28(2), 2019, pp. 269-287.

BARRIO GALLARDO, A. (2012), *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de* alimentos, Dykinson, Madrid, pp. 564-568.

BARRIO GALLARDO, A. (2019), *El ocaso de las legítimas largas*, en "Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados", dir. por CAPILLA RONCERO, F. de S., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y ARANGUREN URRIZA, F, coord. por MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y HORNERO MÉNDEZ, C., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 287-313.

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014), *La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria*, La Ley 8344/2014.

CABELLO HERNÁNDEZ, J.R. (2023), *Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en Derecho Español de Sucesiones*, Revista Boliviana de Derecho, n. 36, julio 2023, pp. 116-145.

CARRIÓN OLMOS, S. (2020), *Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas*, Revista Boliviana de Derecho, 30, julio 2020, pp. 364-391.

DEL CAMPO, S. (2004), *Las transiciones de la familia española*, Arbor CLXVIII (702) 2004.

DÍAZ ALABART, S. (2004), *Las reformas del Derecho Sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, en "La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)", dir. por S. DÍAZ ALABART, Ibermutuatur, Madrid.

DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.T. (2004), *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ibermutuatur y NABIU.

DÍAZ ALABART, S. (2006), *El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, en "Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad", coord. por PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., La Ley, 2006.

DÍAZ ALABART, S. (2023), *Las legítimas de padres y ascendientes: una figura a revisar*, Revista de Derecho Privado, n. 2/2023, pp. 117-142.

DÍEZ PICAZO, L. (1984), *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2020), *Tendencias reformistas en el Derecho español de Sucesiones*, Bosch, Madrid.

ESTELLÉS PERALTA, P.M. (*El valor de la "conyugalidad": la conveniencia de una revisión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y su posible discapacidad ante la nueva realidad socio-familiar*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n. 20 bis, junio 2024, pp. 554-601.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2005), *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo vidual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2016), *Usufructo legitimario del cónyuge viudo*, en "Tratado de Usufructo", coord. por A. LECIÑEÑA IBARRA, Wolters Kluwer, pp. 1065-1125.

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2005), *El nuevo artículo 822 del Código civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado*, Revista Jurídica del Notariado, n. 54, abril-junio 2005.

GALICIA AIZPURUA, G. (2017), *En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal*, InDret Privado, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2017, pp. 6 y ss.

GALICIA AIZPURUA, G.H. (2019), *Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, en "Retos y oportunidades del Derecho de Sucesiones", dir. por VILLÓ TRAVÉ, C., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 47-74.

GALICIA AIZPURUA, G.H. (2020), *Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil Español*, Iura Vasconiae, n. 17, 2020, pp. 315-340.

GARCÍA HERRERA, V. (2018), *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, pp. 115-118.

GARCÍA HERRERA, V. (2022), *Las familias reconstituidas: el vacío jurídico como obstáculo a su* consolidación, en "Propuestas para un nuevo Derecho de Filiación: la multiparentalidad", dir. por PÉREZ GALLARDO, L.B. y HERAS HERNÁNDEZ, M.M., Ed. Olejkik, Santiago-Chile, pp. 315-336.

GARCÍA PRESAS, I. (2011), *El Derecho de Familia en España desde las últimas reformas del Código civil*, Actas del I Congreso Ibero-Asiático de Hispanistas Siglo de Oro e Hispanismo General, Delhi 9 de diciembre de 2011, ed. Vibha Maurya y Mariela Insúa, Pamplona, Publicaciones Digitales del Griso/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2021), *Legítimas en el Derecho Español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del Código Civil*, en "Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria", dir. por BARBA V. y PÉREZ GALLARDO, L.B., Olejnik, Santiago-Chile, pp. 23-58.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1964), *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*, Anuario de Derecho Civil.

IRURZUN GOICOA, D. (2011), *La cautela socini y la práctica notarial*, El Notario del siglo XXI, 2011, n. 37.

IRURZUN GOICOA, D. (2013), *La legítima, su contenido y* satisfacción, el Notario del siglo XXI, Madrid, n. 50 julio-agosto 2013.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1973), *Derecho de Sucesiones, T.* II, Bosch, Barcelona.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2004), *Elementos de Derecho Civil*, t. II, 2ª edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009), *Elementos de Derecho Civil, T. V, Sucesiones*, 4ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid.

LANDESTO Y MÉNDEZ, P.L. (2019), *La interrelación del Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones vista desde la teoría trialista del mundo jurídico*, IDIBE, Instituto de Derecho Iberoamericano, 4 de junio de 2019, https://idibe.org/tribuna/la-interrelacion-del-derecho-de-familia-derecho-sucesiones-vista-desde-la-teoria-trialista-del-mundo-juridico/.

LÁZARO PALAU, C.M. (2006), *Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero en las familias reconstituidas*, Actualidad Civil, n. 6, junio 2006, La Ley 4015/2016.

LLEDÓ YAGÜE, F. (2020), Artículo 57. Usufructo universal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, en "Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco", dir. por A.M. URRUTIA BADIOLA, F. LLEDÓ YAGÜE y O. MONJE BALMASEDA, Dykinson: AVD - ZEA. Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiapágs, pp. 509-513.

LÓPEZ LÓPEZ, M.T., GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V. y SÁNCHEZ FUENTES, A.J. (2015), *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2020), *Las familias reconstituidas. Una realidad en constante crecimiento*, Actualidad Jurídica Iberoamericana, n. 13, agosto 2020, pp. 194-223.

LUNA SERRANO, A. (2014), *Unas breves reflexiones para una reforma del Derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual*, en AA.VV. "El patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista", dir. por LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL, M.P. y TORRES LANA, J.A., Dykinson, Madrid.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2016), *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014. Institución en el usufructo vitalicio de la herencia en favor del cónyuge viudo. Doctrina del Tribunal Supremo*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n. 101, pp. 35-46.

MASIDE MIRANDA, J.E. (1989), *Legítima del cónyuge supérstite*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MONESTIER MORALES, J.L. (2007), *Legados de habitación en favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación tributaria*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, www.refdugr.com, 1de noviembre de 2007.

NOGUERA NEBOT, J.L. (2006), *El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil*, Revista de Derecho de la UNED, n.1, 2006.

NÚÑEZ MUÑIZ, M.C. (2015), *El usufructo universal y el legado de usufructo universal: un análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 747, 2015, pp. 434-450.

O`CALLAHAN MUÑOZ, X. (2004), *Compendio de Derecho Civil, T. V. Derecho de Sucesiones*, *Lección* 12, 5ª ed., Edersa, Madrid.

PARRA LUCÁN, M.A. (2009), *Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio*, AFDUDC, n. 13, p. 500, https://ruc.udc.es/dspace/bistream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf.

PÉREZ ESCOLAR, M. (2014), *Causas de desheredación y flexibilización de la legítima*, en "Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. TORRES GARCÍA", dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCIA RUBIO, M.P. y coord. por HERRERO OVIEDO, M., Wolters Kluwer España, pp. 1131-1154.

PÉREZ GALLARDO, L.B. y PEREIRA PÉREZ, J. (2023), *Del cuidado familiar como derecho humano*, Revista de Derecho Privado, n. 4/2023, pp. 3-24.

PINTO ANDRADE, C. (2017), *Las familias reconstituidas en la práctica judicial*, Ed. Propia.

PUIG PEÑA, F. (1976), *Compendio de Derecho Civil, Tomo 6*, Editorial Pirámide, Madrid.

PUJADA, S.I. y SOLSONA, M. (1989), *La población de España de 1900 a 1975 a nivel nacional y provincial*, Centre d`Estudis Demogràfics, 1989, https://ddd.uab.cat/pub/worpap/1989/184267/papersdemografia_a1989n33iSPA.pdf.

ROCA I TRÍAS, E. (2014), *Una reflexión sobre la libertad de testar*, en "Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. TORRES GARCÍA", dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y GARCIA RUBIO, M.P. y coord. por HERRERO OVIEDO, M., Wolters Kluwer España, pp. 1245-1266.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1988), *Casuística legitimaria en el régimen del Código civil*, en "Homenaje a J. B. VALLET DE GOYTISOLO", vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, pp. 583-618.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997)*, Derecho de Sucesiones, T. II,* Bosch, Madrid.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, R.M. (2004), *Derecho de Sucesiones*, Edersa, Madrid.

ROMERO COLOMA, A.M. (2012), *Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica*, La Ley 3295/2012.

ROYO MARTÍNEZ, M. (1951), *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2004), *La reforma del Derecho de Sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*, Actualidad Civil, La Ley-Actualidad, ref. 26.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2006), *Protección del patrimonio familiar*, coord. por SÁNCHEZ CALERO, F.J. y GARCÍA PÉREZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (2022), *¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?*, en AA.VV. "Dolencias del Derecho de Sucesiones 130 años después de la aprobación del Código Civil Español, dir. por ESTELLÉS PERALTA, P.M., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 193-268.

SANTAMARÍA, J. (1958), *Comentarios al Código civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

SANZ VIOLA, A.M. (2009), *El derecho de habitación legal a favor del discapacitado*, Actualidad Civil 2009, ref. 1713.

SERRANO CHAMORRO, M.E. (2017), *¿Puede el testador prohibir a sus herederos la intervención judicial en su testamento?*, La Ley 18255/2017.

TORRES GARCÍA, T.F. (2006), *Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)*, en AA.VV. "Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, pp. 173-230.

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982), *Artículo 807 del Código Civil*, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (Sección Quinta. Las legítimas", dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA, Edersa, Madrid.

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1991), *Comentarios del Código civil, T. I*, Ministerio de Justicia.

VAQUER ALOY, A. (2015), *Libertad de testar y condiciones testamentarias*, InDret, julio 2015, pp. 4 y ss.

VAQUER ALOY, A. (2017), *Acerca del fundamento de la legítima*, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 4/2017.

VERDERA SERVER, R. (2022), *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: Aproximación de las instrucciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública a la Regulación y Jurisprudencia del Tribunal supremo[1]

Marina Pérez Monge
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 11/06/2024
Fecha de aceptación: 15/07/2024

RESUMEN: Este artículo se inicia con la regulación de la gestación por sustitución en el artículo 10 de la LTRHA: nulidad del contrato y posibilidad de determinación de la paternidad respecto del padre biológico. A continuación, se aborda la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia desde su Sentencia de 6 de febrero de 2014: Partiendo de la paternidad del padre biológico, se podrá integrar al menor en el núcleo familiar mediante acogimiento o adopción del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. En cuanto a las Instrucciones de la Dirección General Dirección General de Registros y del Notariado[1], desde la de 2010 se permitía la inscripción mediante resolución judicial, en discordancia con la regulación, por lo que la inseguridad en la inscripción eventualmente provocaba vulnerabilidad. Tras la reciente Instrucción de 28 de abril de 2025 sólo se realizará la inscripción a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías. Se valora positivamente la coherencia de la regulación con la jurisprudencia y las Instrucciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

ABSTRACT: This article begins with the regulation of surrogacy in Article 10 of the LAHRT: nullity of the contract and the possibility of determining paternity with respect to the biological father. Next, the jurisprudence of the Supreme Court on this matter is addressed since its Judgment of 6 February 2014: Based on the paternity of the biological father, the child may be integrated into the family nucleus through fostering or adoption by the spouse or person united to the adopter by an analogous relationship of affectivity to the conjugal one. With regard to the Instructions of the Directorate General of Registries and Notaries, since 2010, registration by judicial decision has been allowed, in discordance with the regulation, so that insecurity in the registration eventually caused vulnerability. After the recent Instruction of 28 April 2025, registration will only be carried out through the ordinary means provided for in the Spanish legal system: biological filiation, if applicable, with respect to one of the intended parents and subsequent adoptive filiation when the existence of a family nucleus with sufficient guarantees is proven. The coherence of the regulation with the jurisprudence and the Instructions of the Directorate General for Legal Security and Public Faith is positively valued.

[1] *Trabajo realizado en el marco del Proyecto PID2023-153228NB-I00 «Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado (NVED)», IIPP: Sofía de Salas Murillo / Mª Victoria Mayor del Hoyo, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y ERDF/EU., y del Grupo de Investigación del Gobierno de Aragón *Ius Familiae* (S30_20R), IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución, regulación, inscripción, orden público, interés del menor.

KEYWORDS: Gestational surrogacy, regulation, registration, public policy, interests of the child.

SUMARIO:.1. Concepto. 2. Regulación. 3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3.1. STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014, Auto de 2 de febrero de 2015 y Resolución de DGRN. 3.1.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. 3.1.2. STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y Auto de 2 de febrero de 2015. 3.2. STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022. 3.3. STS 754/2023 de 16 mayo de 2023. 3.4. STS (Pleno) 1626/2024 de 4 de diciembre de 2024. 4. De la Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN a la de 28 de abril de 2025 DGSJFP. 4.1.Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN. 4. 2. Instrucciones de 14 y 19 de febrero de 2019 DGRN. 4.3. Instrucción de 28 de abril de 2025 DGSJFP. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. CONCEPTO

El concepto de gestación por sustitución (término adoptado por nuestra legislación) es discutido en nuestra doctrina. En un sentido amplio, puede definirse como "aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)"[2].

2. REGULACIÓN

Se regula en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), en idénticos términos que la anterior Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida, bajo el título Gestación por sustitución:

"1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

El artículo 10.3 de la LTRHA permite la acción de reclamación de paternidad del padre biológico, y la adopción por parte de su cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, según el artículo 176 del Código civil.

Aunque el artículo 10 de la LTRHA sanciona con nulidad el contrato de gestación por sustitución, hace ya varias décadas que se conocen centros españoles que en colaboración con otros americanos facilitan la gestación por mujeres americanas con gametos femeninos o masculinos de parejas españolas. Inicialmente, se trataba fundamentalmente de parejas heterosexuales, por lo que la mujer española y la americana comenzaban los tratamientos en sus respectivos países. En el momento adecuado el matrimonio español viajaba a Estados Unidos para aportar sus gametos. Una vez realizada la fecundación *in vitro* transfieren el o los embriones en la madre de alquiler.

[2] PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 329.

Vuelven a España. En el momento que termina la gestación el matrimonio español viajaba a Estados Unidos y finalmente regresa con su o sus hijos[3].

De este modo, algunas parejas españolas accedían a la maternidad a través de un detallado contrato de maternidad de sustitución con una mujer americana. Si se consideraba que se trataba de un supuesto de fraude de ley[4] (artículo 6.4 del Código Civil) y se declarase la existencia del mismo, la consecuencia sería la aplicación de las normas que se han tratado de eludir:

a) La maternidad se determina por el parto.

b) En principio, padre sería el biológico, o quien consiente la realización de las técnicas en mujer determinada.

Así se conseguía un resultado contrario al ordenamiento jurídico, ya que en España se declaran nulos los contratos de maternidad de sustitución y, sin embargo, puede obtenerse el resultado pretendido por dichos contratos, mediante la utilización de las denominadas leyes de cobertura. Ciertamente, es posible que exista el fraude y no sea denunciado[5].

Desde 1997 se ha admitido esta práctica y según noticias de prensa, parece que se ha cumplido el contrato y la pareja heterosexual española ha regresado a España con sus hijos, sin que se hayan planteado problemas hasta el momento en que dos varones casados pretenden inscribir la filiación.

Desde hace varios años se planteó una posible reforma en esta materia dirigida a permitir la maternidad de sustitución[6]. Muestra de ello, y con fundamento en una interpretación particular del interés superior del menor, son el Proyecto de Protocolo sobre la filiación en el contexto de la gestación subrogada (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), los Principios de Verona[7] publicados por el Servicio Social Internacional en febrero de 2021, y en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, de 7 de diciembre de 2022[8].

Sin embargo, el Comité de Bioética de España y el Parlamento europeo, ha rechazado la maternidad subrogada como contraria a la dignidad humana de la mujer, siguiendo la línea del Consejo de Europa, que rechazó la propuesta que pretendía abrir la puerta a la reglamentación de la maternidad subrogada en los países europeos.

Así pues, no se observa acuerdo en los diferentes ámbitos sociales, doctrinales y médicos[9].

---

[3]Noticia publicada en el Diario *El País* de 3 de noviembre de 1997.

[4] MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (Coord.), *Curso de Derecho civil,IV, Derecho de Familia,* Edisofer, Madrid, 2024, p. 375.

[5] En este sentido, GARCÍA AMEZ, J., y MARTÍN AYALA, M., "Turismo reproductivo y maternidad subrogada", *Derecho y salud,* Vol. 27, Nº. Extra 1, 2017, pp. 200-208, afirma: "existen muchos supuestos en los que en el país de prestación son legales, estando prohibidos en el país de origen de los usuarios. Este es el caso de la maternidad subrogada en nuestro país cuyo contrato es declarado nulo por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, generando desplazamientos de nuestros ciudadanos nacionales hacia países terceros donde puede llevarse a cabo lo que a nuestro juicio constituye una práctica fraudulenta".

[6] Como afirma ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en GARCÍA RUBIO, M.P., (dir.); AMMERMAN YEBRA, J., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO, I. (coords.), *Mujer, Maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 614: "Los que reivindican un movimiento legislativo suelen ser mayoritariamente "favorables" a una nueva *regulación positiva en positivo".*

[7] *Vide* MÚRTULA LAFUENTE, V., Los "principios de Verona" y la protección de los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución" en *El derecho privado ante los retos de la agenda 2030,*. MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.J. (dir.), SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 137-138..

[8] En la misma línea *vide* BENAVENTE MOREDA, P., "El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional, 31 Ext.,* 2020, pp. 1 y ss.; FARNÓS AMORÓS, E., "La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual", *ADC,* núm. 3, 2022, pp. 1281 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022", *Diario La Ley*, Nº 10069, 2022; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., "Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 35, 2023, pp. 354 y ss. Hace dos años se publicó un estudio sociológico, cuyos resultados indican que 58% de la población considera que en España se debería aprobar una ley regulatoria Cfr. RODRÍGUEZ-JAUME, M. J.; GONZÁLEZ-RÍO, M. J.y CABALLERO PÉREZ, P., "La opinión pública española sobre la gestación por sustitución». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 182, (2023), pp. 119-138.

[9] *Vide* DÍAZ ROMERO, M. R.; *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: Efectos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 135; PÉREZ MONGE, M., "La maternidad subrogada: gestación comercial: deseos y derechos.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1. STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014, Auto de 2 de febrero de 2015 y Resolución de DGRN

Se trata de un supuesto en que dos varones españoles casados contratan gestación de sustitución en la que aportan sus gametos, nacen dos niños en Los Angeles. Posteriormente, solicitan la inscripción de la filiación aportando las certificaciones de nacimiento de los menores emitidas por la autoridad administrativa del Registro norteamericano para el reconocimiento de la eficacia probatoria registral (fe pública registral), en la que no figuran la donante de óvulos ni la gestante. El Encargado del Registro Consular de Los Angeles deniega la solicitud con fundamento en la LTRHA, cuyo artículo 10 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

3.1.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Los interesados interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que estimó el recurso en la Resolución de 18 de febrero de 2009, ordenando la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores, que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada de la que resulta que son hijos de los dos varones.

En definitiva, esta Resolución resuelve, con fundamento en el principio del interés superior del menor un problema de reconocimiento de la eficacia probatoria de las certificaciones registrales extranjeras (art. 81 RRC), pero no prejuzga las cuestiones sustantivas, como la filiación o la validez del contrato (art. 10 de la LTRHA), que deben resolverse en los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria.

3.1.2. STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y Auto de 2 de febrero de 2015

Posteriormente, el Ministerio Fiscal interpone demanda impugnando la Resolución de 18 de febrero de 2009, debido a que infringe el art. 10 LTRHA, además de ser contraria al orden público español, por lo que no procede la inscripción por ella acordada. El Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010 estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y ordenó dejar sin efecto la inscripción acordada en la Resolución. Esta sentencia fue confirmada por la resolución de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Fue aprobada por votos de cinco Magistrados y con Voto particular de cuatro. Tras analizar el alcance del control del encargado del Registro en el reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español, la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, y el interés superior del menor se desestima el recurso, ofreciendo soluciones legales que garanticen el interés del menor, según el vigente artículo 10 LTRHA: Se permite la reclamación de paternidad respecto del padre biológico, y se puede integrar a los menores en el núcleo familiar mediante el acogimiento o la adopción. En ella se insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".

Los recurrentes presentaron escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones, que se admitió a trámite el 29 de abril de 2014. Al haber dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 26 de junio de 2014 (asuntos Mennesson y Labassee contra Francia), sentencias relativas a asuntos sobre los que versa este procedimiento, se acordó dar traslado a las partes para

---

Aspectos a favor y en contra, y futuro de la gestación subrogada en España", en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros, en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019, pp. 535-560. De modo detallado, *vide* MARTINEZ DE AGUIRRE, "Maternidad subrogada internacional: ¿un "Cuento de la criada" global?"; *Revista Internacionalización del Derecho. La Ley*, 2022, p. 17; BOLZÓN, C. y QUIÑOA, P., "Maternidad subrogada: el caso argentino" en SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. y PÉREZ MONGE, M. (dirs.), *Persona y familia en la jurisprudencia: tendencias actuales*, Aranzadi, 2025, p. 145.

que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con los pronunciamientos de las referidas sentencias. En dichas sentencias, se considera que se ha vulnerado el derecho a la vida privada de los niños por las autoridades francesas en cuanto que no permitieron la determinación de la filiación en absoluto[10].

Se resuelve mediante Auto de 2 de febrero de 2015, en el que el Tribunal Supremo confirma su anterior doctrina, considerando que la negativa de las autoridades registrales españolas a inscribir a los menores nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución como hijos naturales de quienes conciertan esta gestación no vulnera ni el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho a la igualdad –que ampara tanto a los menores, por razón de su filiación, como a los padres, que no deben ser discriminados por razón de sexo–, ni el derecho a la intimidad familiar. La sentencia del Tribunal Supremo respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad conforme al art. 8 del Convenio y permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar "de facto" entre los comitentes y los niños, como parece que existe.

En el año 2019, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó el 10 de abril una opinión a instancia de Francia acerca de lo que ocurre en el caso de que exista un padre biológico y otro progenitor intencional reconocido e inscrito en la partida de nacimiento extranjera como progenitor legal. En concreto, el derecho del niño al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 de la Convención requiere que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos con la madre intencional designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la "madre legal". Por tanto la madre intencional ha de convertirse en madre legal. No obstante, no se exige que dicho reconocimiento se realice mediante inscripción en el Registro pudiéndose utilizar otro medio, como la adopción del niño por parte de la madre, siempre que el procedimiento establecido por la ley nacional garantice que se pueda implementar de manera rápida y efectiva, de acuerdo con los mejores intereses del niño[11].

3.2. STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022

El Tribunal Supremo en Sentencia de 31 marzo de 2022 confirma su jurisprudencia de STS de 6 febrero de 2014 y Auto de 2 de febrero de 2015

En esta Sentencia de 31 de marzo de 2022 se resuelve sobre el supuesto de hecho de una mujer española que suscribe un contrato de maternidad subrogada con una mujer mexicana y nace un niño en 2015. Posteriormente el padre de la comitente, el 30 de enero de 2018 ejercitó la acción de determinación legal de filiación materna por posesión de estado respecto del menor, que llevaba viviendo como hijo suyo desde su traslado a España, así como que se procediera a la inscripción de dicha filiación en el Registro civil con los apellidos que al menor le fueron impuestos al nacer y constan en la documentación registral, con los apellidos que le fueron atribuidos y que constan en la certificación registral mexicana, alegando el interés del menor.

La demanda fue desestimada por sentencia núm 21/2019, de 19 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, por entender que dicho reconocimiento de la filiación viene prohibido por el art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, resolviendo que la madre de intención podía tramitar un expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor ante la Dirección General de la Familia y del Menor de la Comunidad de Madrid, y una vez declarada la filiación por adopción, se podrá inscribir al menor en el Registro

[10] Sobre ello, URRUELA MORA, A., "El derecho y la bioética ante el fenómeno de la maternidad subrogada. Consideraciones de *lege lata* y perspectiva de futuro", *Revista Derecho y Salud*, Volumen 29 núm. 1, 2019, p. 124, afirma: "En mi opinión, la línea argumental sostenida por el TS en este punto aunque formalmente mantiene la defensa del "interés superior del menor" acaba consagrando materialmente que el interés del menor o menores implicados en el caso se configure como un interés inferior a otros en juego (defensa de la legalidad española, entre otros)".

[11] Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de Casación francés (Demanda nº P16-2018-001). Traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos. Se puede consultar en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF. (Última visita: julio de 2025).

Civil con los apellidos que fueron impuestos al nacer.

El argumento fundamental de la sentencia fue que "no puede utilizarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo, LTRHA) impide el reconocimiento de la filiación que se pretendía por el demandante, ya que determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto (en este caso la mujer gestante), y será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación" (F.D.1.5).

El padre de la comitente interpone recurso de apelación, al que se adhiere la comitente, con el argumento de que no puede acudirse a la adopción como remedio alternativo, ha de estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor, pues lo contrario causa un grave perjuicio al niño, que carece de DNI y de NIE, y se le priva de los efectos derivados de la filiación.

Se opone el Ministerio Fiscal argumentando que no puede acudirse al principio del interés superior del menor para estimar la demanda pues tal principio debe emplearse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariarla, lo que también supondría un perjuicio para el menor.

Mediante SAP Madrid de 1 de diciembre de 2020[12], se revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y entiende que "ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada". Ordena la inscripción de la declaración en el Registro Civil con los apellidos impuestos al menor al nacer conforme a la documentación registral mexicana. Razonó que, no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, art.175.1 del Código Civil), ni existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del art. 176.2 del Código Civil y porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada.

Ciertamente, la Audiencia Provincial consideró que concurre en el presente supuesto un comportamiento de la demandada congruente con los deberes de madre, manifestado mediante actos continuados y reiterados, lo que entiende que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar la posesión de estado de la relación de filiación, teniendo en cuenta el superior interés del menor.

Así pues, se alega el interés del menor por demandantes, en la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia estimatoria de la Audiencia provincial, muestra de que se aplica para defender posiciones contrapuestas[13].

El Ministerio Fiscal recurrió la resolución considerando que la sentencia determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución sin aportar material genético propio, en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El recurso se interpone en cuanto se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales establecida en la STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014.

El Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio de respeto del interés superior del menor realizada por la Audiencia Provincial, con fundamento en el respeto a la dignidad e integridad moral de mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Propugna la posibilidad del acogimiento del menor por

[12] Cita trece veces el "interés del menor", y treinta y cinco veces el "interés superior del menor".

[13] MAYOR DEL HOYO, M.V., "El interés del hijo en las filiaciones sin base biológica" en *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado,* (dir. MARTÍNEZ CALVO, J.), Aranzadi, 2023, pp. 55 y ss., afirma: "Llama la atención que, a pesar de que en la regulación de la aplicación de estas técnicas y la determinación de la filiación de los nacidos mediante ellas no se tiene en consideración alguna el interés del hijo, posteriormente se utilice este interés como criterio para resolver los problemas derivados del incumplimiento de la ley, y que, además, se use para defender una solución y también la contraria, lo cual hace pensar que el criterio podría estar siendo utilizado a conveniencia de los argumentantes"

la madre de intención, así como que las limitaciones a la adopción por razón de edad son superables.

El Tribunal Supremo en STS de 31 de marzo de 2022[14] afirma que la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la filiación materna a la madre gestante. Además, entiende que el interés superior del menor requiere que la vía para que la madre de intención sea considerada madre del menor es la adopción y que la diferencia de edad entre el niño y la comitente no constituye un obstáculo excesivo para poder constituir dicha adopción[15].

En este sentido MARTINEZ DE AGUIRRE propone la adopción como modelo para resolver los problemas planteados por la maternidad subrogada, si bien ambas responden a planteamientos diversos[16]. No obstante, respecto al resultado final advierte que "aunque sea a través de vías más complicadas, es la consecución de los resultados buscados por los comitentes, en claro fraude de la legislación española en la materia"[17].

Como dice DE VERDA BEAMONTE, "Esta sentencia, que esperemos sirva para hacer reflexionar a la DGSJFP, se encuentra en la línea marcada por el citado Dictamen Consultivo TEDH (Grande Chambre), de 10 de abril de 2019 (demanda núm. P16-2018-001), que ha señalado que el establecimiento de la maternidad no tiene porqué realizarse a través de la inscripción en el Registro Civil nacional en base al certificado de nacimiento extranjero, sino que se puede acudir a otras vías, como es la de la adopción, siempre que se garantice la efectividad y celeridad de las mismas, de acuerdo con el interés superior del niño[18]. Ciertamente, en la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, expresamente se afirma: "Atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento y a las normas internacionales en materia de derechos de los menores y de las mujeres gestantes". Se valora positivamente la coherencia del sistema.

3.3. STS 754/2023 de 16 mayo de 2023

En este caso, el demandante ejercita una doble acción de paternidad para que se determine que él es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos de quien fue su pareja masculina, y cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil; y que se determine que su expareja es el padre no matrimonial de los dos hijos biológicos del propio demandante, cuya paternidad está inscrita en el Registro Civil.

Así pues, la pretensión principal es que los cuatro niños sean declarados hermanos legalmente y que los dos progenitores sean reconocidos padres de los cuatro, porque así fue como lo decidieron

---

[14] Cita doce veces el "interés superior del menor", y dos el "interés del menor"

[15] Cfr. PALOMINO MORALEDA, H., "La filiación con base en un contrato de gestación subrogada es contraria al orden público español A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 277/2022 de 31 de marzo", (JUR 2022\119236); LARA AGUADO, A.," La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 277/2022, de 31 de marzo de 2022", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.120/2022; FARNÓS AMORÓS, E., "La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual", *Anuario de Derecho civil,* Vol. 75, Nº 3, 2022, pp. 1281 y ss; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022", *Diario La Ley*, Nº 10069, 2022; NAVARRO-MICHEL, M., "La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales", en "Dossier gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 56, 2022, pp. 5-28.

[16] Cfr. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Maternidad subrogada internacional: ¿un "Cuento de la criada" global?"; *Revista Internacionalización del Derecho. La Ley*, agosto 2022, p. 18 y "Surrogate motherhood in Spanish and Latin American law: the law and the loophole" en *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective, Prawo Prywatne*, Warszawa, 2019, pp. 390 y ss. *Vide* también NANCLARES VALLE, J., "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional, 31 Ext.,* 2020, pp. 1 y ss.

[17] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La maternidad subrogada: ¿Un "cuento de la criada" global?", en *El derecho privado ante los retos de la agenda 2030*,. MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.J. (dir.), SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 44.

[18] DE VERDA BEAMONTE, J. R:, "Reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia", *Diario La Ley*, Nº 10182, Diciembre de 2022, p. 28. Cfr. también "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida" en DE VERDA BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G. (coords.), *Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 600. En el mismo sentido, ZUBERO QUINTANILLA, S.: "Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España", *Actualidad jurídica iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 bis (extraordinario), 2018, p.5.

cuando acordaron su proyecto de familia. La pretensión subsidiaria es el establecimiento de un régimen de visitas entre los pequeños y sus dos padres.

En las dos instancias se ha desestimado su demanda y sus recursos por infracción procesal y casación van a ser desestimados.

La sentencia de JPI nº 4 de Pozuelo de Alcorcón de 26 de octubre de 2020 desestima las pretensiones principales de filiación. En cuanto a las acciones principales de filiación, la sentencia, pese a considerar que concurre la posesión de estado y que ha quedado probado el propósito compartido de tener hijos para fundar una única familia en la que los hijos serían hermanos y ambos serían padres, entiende que nuestro actual sistema jurídico no permite efectuar formalmente la declaración de filiación solicitada y estima la pretensión subsidiaria de establecimiento de un régimen de visitas de los hijos entre sí y para con sus padres respectivos.

Se interpone recurso de apelación, que es desestimado por la sentencia de 8 de abril de 2022 de la Audiencia Provincial de Madrid confirmando la de primera instancia.

Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo en su sentencia 754/2023, lo desestimó, con fundamento entre otros, en la vulneración del interés del menor.

3.4. STS (Pleno) 1626/2024 de 4 de diciembre de 2024

En esta sentencia el Tribunal Supremo confirma su jurisprudencia procedente de sentencias anteriores, reiterada en sus Fundamentos de Derecho.

Se trata de un supuesto en el que dos varones celebran contrato de gestación con la madre gestante y su esposo, en el Estado de Texas (Estados Unidos). Nacieron dos niños, y se solicita el reconocimiento de efectos en España de la sentencia dictada por el Tribunal extranjero (Juzgado número 73 del Condado de Béxar, Texas, EEUU) de 20 de noviembre de 2020, que confirmaba la paternidad de los comitentes en virtud de acuerdo de gestación por sustitución.

La demanda fue presentada el 15 de octubre de 2021 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque, fue registrada con el exequatur núm. 639/2021. Se opuso el Ministerio Fiscal.

La Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque, dictó auto de 10 de junio de 2020 que denegó la eficacia en España de la sentencia. Los demandantes interpusieron recurso de apelación, que también fue desestimado. Posteriormente, interpusieron recurso de casación del que desistió uno de los varones y continuó el otro, por vulnerar el principio de desarrollo de la personalidad, el principio de no discriminación, el principio superior de protección de los menores. Este recurso fue desestimado. Por ello se denegó la inscripción.

En definitiva, el Tribunal Supremo afirma que el reconocimiento de una sentencia extranjera que valida un contrato de gestación subrogada y atribuye la paternidad de los nacidos a los padres de intención es contrario al orden público.

Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor, y el respeto a su dignidad, integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras. En este misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 28/2024, de 27 de febrero. Afirma que "La gestación subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. El tribunal norteamericano validó el contrato de gestación subrogada mediante dos sentencias, dictadas respectivamente antes y después del parto". Sobre esta sentencia LLEDÓ YAGÜE, tras un detenido análisis, considera con toda claridad que está "en armonía con la doctrina jurisprudencial emanada del TEDH que en base al art. 8 CEDH; como existe "relación de familia" (en este caso una convivencia ininterrumpida, una adopción firme de uno de los hijos, y una segunda determinación de un vínculo adoptivo que fue estimada en primera instancia) el Estado -nuestro ordenamiento jurídico- debe permitir que ese vínculo se desarrolle y otorgue la necesaria protección jurídica. Es decir, la estimación del vínculo adoptivo, como resuelve el TC, que haga posible la integración del niño en su familia. En resumen, no sólo con el varón -progenitor biológico- que determinará la filiación paterna; sino también con la madre comitente a través de la adopción del menor. Y reitera

la doctrina del TEDH "las soluciones que hayan de buscarse, habrá de partir de este dato (núcleo familiar estable) y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, mediante la adopción como es el caso que nos ocupa"[19].

El Tribunal Supremo añade que negar el reconocimiento de la sentencia extranjera infrinja el principio superior de protección del menor. La concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los padres de intención de la gestación subrogada, ni la protección del interés superior del menor puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación extranjera, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores. De este modo, se protege el interés superior del menor y de las gestantes.

3.5. STS 496/2025 de 25 de marzo de 2025

En este supuesto, un varón español celebró un contrato de gestación subrogada en Tabasco (México) con la gestante sin aportación de gametos. Nacieron dos niñas. En 2016 y se inscribieron en Registro civil de Tabasco con los apellidos del padre. Posteriormente, el varón solicitó inscripción en el Consulado español en México, que fue denegada. Finalmente acudió junto a la gestante y se inscribió a ambos como padre y madre.

Cuando regresó a España, el varón interpuso una demanda solicitando la impugnación de la filiación materna respecto de la gestante, la retirada del apellido de la gestante a las menores, y subsidiariamente, la privación de la patria potestad a la madre gestante.

El Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid. desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Madrid revocó esta decisión y estimó la impugnación de la filiación materna, ordenando que las menores quedaran inscritas solo con filiación paterna, como constaba en el registro mexicano.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo argumenta consolidando su jurisprudencia en la sentencias 835/2013, de 6 de febrero, 277/2022, de 31 de marzo, y 1626/2024, de 4 de diciembre en los siguientes términos: "la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era manifiestamente contraria al orden público español. Esta contrariedad manifiesta deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte.

Añade que el interés del menor no debe confundirse con el del comitente: "Cuando se regula legalmente la filiación, la ponderación de cuál pueda ser el interés superior del menor corresponde al legislador, y este ha decidido que como mejor se protege al menor nacido de una gestación por sustitución es atribuyendo la condición de madre a la mujer que da a luz al menor […] Dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos que establece el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989".

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia de la Audiencia Provincial, y en su lugar desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid. Como consecuencia, se mantiene la maternidad de la gestante.

[19] LLEDÓ YAGÜE, F., "Maternidad subrogada y adopción : el principio de igualdad y la tutela judicial efectiva a debate, STC nº 28/2024, de 27 de febrero de 2024" en *Persona y familia en la jurisprudencia: tendencias actuales* (SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. y PÉREZ MONGE, M., Aranzadi, 2025, p. 163. Cfr también en volumen citado el trabajo de CORPAS PASTOR, L., "Sobre la nulidad y conversión (o no) del contrato de gestación por sustitución. A propósito de la STS de 4 de diciembre de 2024", pp. 95 y ss.

4. DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DGRN A LA DE 28 DE ABRIL DE 2025 DGSJFP

4.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN

La Dirección General de Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010[20], sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la que establece unos requisitos que permitirían la inscripción de los nacidos, entre ellos, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido para proteger el interés del menor. Con ello cambia de criterio respecto a la Resolución de 2009, en la cual no exigía este requisito de la resolución judicial[21].

El propósito de esta Instrucción de 2010, según la Exposición de Motivos de la Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, se dirigía a proteger a las menores y a las gestantes[22].Afirma en la Exposición de Motivos: "Para garantizar la protección de los intereses mencionados, la Instrucción de 2010 requería, como requisito previo e imprescindible para la inscripción de los nacimientos mediante gestación subrogada, la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente que permitiera garantizar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, el pleno respeto a los requisitos previstos en la normativa del país de origen y que no existiera simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubriera una situación de tráfico internacional de menores. Y, en relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación dictada por un tribunal extranjero, la Instrucción requería la obtención del exequatur de esa sentencia extranjera. No obstante, de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, cuando la resolución judicial derivara de un procedimiento equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, no sería necesario el requisito del exequatur, bastando a esos efectos el reconocimiento incidental de la resolución por parte de la persona encargada del registro como requisito previo a la inscripción".

4. 2. Instrucciones de 14 y 19 de febrero de 2019 DGRN

Tras la STS de 6 de febrero de 2014, la DGRN dicta la Circular de 11 de julio de 2014 en la que mantiene la plena vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles[23]. Unos años después, la Dirección General de los

---

[20]Son ilustrativos los títulos de los siguientes artículos: FERRER VANRELL, M. P., "La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", *Derecho, Empresa y Sociedad (REDS).* Núm. 1, Enero 2013; BARBER CÁRCAMO, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla*)", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 739, Septiembre 2013, pp. 2905 y ss.

[21] QUICIOS MOLINA, S., "Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado…e interés superior del menor", en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (coords.), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida,* Madrid, Dykinson, 2021, p. 310, afirma sobre esta cuestión que "esta Instrucción ha seguido aplicándose a pesar de la doctrina sentada por la STS de 6 de febrero de 2014".

[22] En este sentido, en la citada Exposición de Motivos de la Instrucción de 28 de abril de 2025, se afirma: "Así, dejaba claro que en ningún caso se puede permitir que la inscripción registral dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y exigía que no resultara vulnerado en ningún caso el derecho del menor a conocer su origen biológico, según recogen el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional y la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999".

[23] Cfr. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E., "La Instrucción de 5 de octubre de 2010", en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros (dirs.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019, p. 365, afirma: "Estas disposiciones emanadas de un órgano administrativo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, son de obligado cumplimiento para los Encargados de los Registros civiles"; MONJE BALMASEDA, O., "La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros (dirs.), en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019, p. 257, se preguntaba: "¿qué ocurre con países donde es admitida la gestación subrogada y no hay un procedimiento judicial, por ejemplo, Portugal?. ¿Qué sucede con la

Registros y del Notariado, dictó la Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que facilitaba la determinación de la filiación mediante el reconocimiento legal de quien aportó el material genético, confirmado a través de una prueba biológica, y la constitución de una nueva relación de filiación, en su caso, respecto del otro progenitor, mediante un procedimiento de adopción (con ratificación de la renuncia de la madre gestante pasadas seis semanas desde el nacimiento, según lo previsto en el artículo 177.2 CC)[24]. Además derogaba y sustituía a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. No obstante esta Instrucción no se publicó en el BOE. Dos días después, el Ministerio de Justicia informa de que "ha decidido dejar sin efectos la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) enviada a los registros consulares en la que se abría la puerta a la inscripción de niños concebidos en el extranjero por gestación por sustitución mediante la presentación de una prueba de ADN que certificara la paternidad o maternidad de uno de los progenitores. El Gobierno recuerda que la gestación por sustitución es una práctica prohibida en nuestro país y se compromete a perseguir a las agencias y establecimientos que ofrecen estos servicios y que se lucran conduciendo a cientos de parejas a procrear en terceros países mediante esta actividad ilegal. Todo ello sin perjuicio de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado, atendiendo al interés superior del menor"[25].

Dos días después del comunicado, se aprobó la Instrucción de 18 de febrero, que deja sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, en los siguientes términos: "1. Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, a todos los efectos, incluso derogatorios, en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción. 2. Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010"[26]. De este modo, la DGRN deja claro queda vigente las reglas de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

4.3. Instrucción de 28 de abril de 2025 DGSJFP

La Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución deja sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero

---

inscripción de la filiación de esos niños, en los que no ha habido previamente un procedimiento judicial? La realidad legal y social de la gestación subrogada es muy heterogénea y su casuismo, elevadamente complejo".

[24] Ya en el año 2018, en esta línea en el Auto 565/2018, de 16 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona, se afirma que "en nuestro Derecho (*vid.* artículos 177.2 del Código Civil y 37 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria) no cabe "validar un consentimiento "prenatal", renunciándose a la *filiación* del *concepturus* o del *nasciturus* si se hubiera producido ya la gestación, compromiso que se pacta en el contrato de gestación subrogada a la que nos venimos refiriendo sin que conste que se haya emitido un consentimiento libre e informado, tanto en lo referente a las consecuencias de su renuncia para el hijo como a los propios riesgos que para su salud física y mental se pueden derivar de la gestación. Por lo tanto, la renuncia previa de la madre gestante, que en nuestra legislación vigente, ni tan sólo es posible antes de transcurridas 6 semanas desde el parto, es decir, con posterioridad al mismo, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, nula de pleno derecho por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior".

[25] Se puede consultar en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx (Última visita: julio de 2025). En este sentido, QUICIOS MOLINA, S., "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, p. 44, considera que "la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 es correcta y conforme con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La aplicación del orden público que realiza es la más conforme con nuestro ordenamiento jurídico, sin que el interés superior del menor que pretende inscribirse como hijo de españoles pueda convertirse en un *supraconcepto* que prevalezca sobre ese orden público, en el que también está presente la protección de los menores y de las mujeres gestantes".

[26] "Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución" (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019, p. 16730). *Vide* desde un punto de vista crítico, SALES PALLARÉS, L.,, "La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 2, Octubre 2019, pp. 326 y ss.

de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Como consecuencia, no se admite por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente, y una vez en España, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

De este modo, la Instrucción se adapta a lo previsto por el art. 10. 3 LTRHA y al a jurisprudencia del Tribunal Supremo desde su sentencia de 6 de febrero de 2014: determinación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, y en su caso, adopción o acogimiento por parte del otro progenitor.

No obstante , advierto que el término padre biológico del artículo 10 de la LTRHA se sustituye por el término "filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención" en la Instrucción de 2025[27]

.

Atendiendo a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo y para asegurar la adecuación del tratamiento registral en casos de gestación por sustitución a nuestro ordenamiento

5. CONCLUSIONES

1. La legislación española sanciona con nulidad el contrato de gestación por sustitución por el que se acuerda su realización, pero en la realidad, parejas españolas heterosexuales han inscrito a hijos nacidos por maternidad subrogada desde hace varias décadas.

2. Cuando un matrimonio de varones pretendió inscribir la filiación de nacidos tras contrato de gestación por sustitución, se denegó la inscripción en Registro consular. Finalmente el Tribunal Supremo resolvió en STS de 6 de febrero de 2014. Fue aprobada por votos de cinco Magistrados y con Voto particular de cuatro, la inscripción de la filiación biológica de uno de ellos, y el otro podría adoptar al hijo del cónyuge, en atención al interés del menor.

3. En sentido discordante, la Dirección General de Registros y del Notariado dictó Resoluciones entre 2010 y 2019, relativas a la inscripción de nacidos tras de gestación por sustitución, con fundamento también en el interés del menor en la determinación de su filiación mediante sentencia.

4. El Tribunal Supremo resolvió en sentencias de 31 de marzo de 2022 (por unanimidad) y 4 de diciembre de 2024 (Pleno) confirmando su jurisprudencia. En concreto se deniega la inscripción de sentencia extranjera que valida contrato de gestación por sustitución por ser contrario al orden público. Mediante el acogimiento o la adopción se protege el interés del menor, que permite un control de la idoneidad de los comitentes. Por ello, puede afirmarse que el interés del menor es alegado con finalidades diversas, incluso contradictorias. Esta inseguridad jurídica en la inscripción es causa de vulnerabilidad.

5. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, en su Instrucción de 28 de abril de 2025 sigue lo previsto en el artículo 10 LTRHA y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Determinación del progenitor biológico y filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la

[27]Como es sabido, la maternidad se determina por el parto, no por la aportación genética. En este sentido ha incidido también la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2025 Probablemente la sustitución de padre biológico del artículo 10 de la LTRHA por el término "filiación biológica, en su caso, respecto de alguno de los progenitores de intención" en la Instrucción de 2025 responda a la reforma operada por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías. De este modo, se armoniza en lo sucesivo legislación, jurisprudencia e Instrucciones de la DGSJFP, por lo que su valoración resulta positiva.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución", en GARCÍA RUBIO, M.P., (dir.); AMMERMAN YEBRA, J., GARCÍA GOLDAR, M., VARELA CASTRO, I. (coords.), *Mujer, Maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 613 y ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español: Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022", *Diario La Ley*, Nº 10069, 2022.

BARBER CÁRCAMO, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla*)", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 739, Septiembre 2013, pp. 2905 y ss.

BENAVENTE MOREDA, P., "El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional, 31 Ext.,* 2020, pp. 1 y ss.

BOLZÓN, C. y QUIÑOA, P., "Maternidad subrogada: el caso argentino" en SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. y PÉREZ MONGE, M. (dirs.), *Persona y familia en la jurisprudencia: tendencias actuales*, Aranzadi, 2025, pp. 135 y ss.

CORPAS PASTOR, L., "Sobre la nulidad y conversión (o no) del contrato de gestación por sustitución. A propósito de la STS de 4 de diciembre de 2024", *en* SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. y PÉREZ MONGE, M. (dirs.), *Persona y familia en la jurisprudencia: tendencias actuales*, Aranzadi, 2025, pp. 95 y ss.

DE VERDA BEAMONTE, J. R: "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida" en DE VERDA BEAMONTE, J. R. (dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G. (coords.)*, Las crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 600 y ss.

DE VERDA BEAMONTE, J. R:, "Reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia", *Diario La Ley*, Nº 10182, Diciembre de 2022, pp. 28 y ss.

DÍAZ ROMERO, M. R.; *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: Efectos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 135..

FARNÓS AMORÓS, E., "La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual", *Anuario de Derecho civil*, Vol. 75, Nº 3, 2022, pp. 1281 y ss.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., "Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 35, 2023, pp. 354 y ss

FERRER VANRELL, M. P., "La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", *Derecho, Empresa y Sociedad (REDS).* Núm. 1, Enero 2013, pp. 57 y ss.

GARCÍA AMEZ, J., y MARTÍN AYALA, M., "Turismo reproductivo y maternidad subrogada", *Derecho y salud,* Vol. 27, Nº. Extra 1, 2017, pp. 200 y ss.

LARA AGUADO, A.," La encrucijada entre el derecho a la identidad personal de los menores nacidos por contratos de gestación por sustitución y el respeto a los derechos fundamentales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) 277/2022, de 31 de marzo de 2022", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.120/2022, pp. 243 y ss.

LLEDÓ YAGÜE, F., "Maternidad subrogada y adopción : el principio de igualdad y la tutela judicial efectiva a debate, STC nº 28/2024, de 27 de febrero de 2024" en SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. y PÉREZ MONGE , M. (dirs.), *Persona y familia en la jurisprudencia: tendencias actuales*, Aranzadi, 2025, pp. 149 y ss.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Surrogate motherhood in Spanish and Latin American law: the law and the loophole" en *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective, Prawo Prywatne*, Warszawa, 2019, pp. 390 y ss.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Maternidad subrogada internacional: ¿un "Cuento de la criada" global?"; *Revista Internacionalización del Derecho. La Ley*, agosto 2022, pp. 12 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La maternidad subrogada: ¿Un "cuento de la criada" global?", en. MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.J. (dir.), SANTILLÁN SANTA CRUZ, R., (coord.), *El derecho privado ante los retos de la agenda 2030*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 27 y ss.
MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (Coord.), *Curso de Derecho civil,IV, Derecho de Familia,* Edisofer, Madrid, 2024.
MAYOR DEL HOYO, M.V., "El interés del hijo en las filiaciones sin base biológica" *en La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, (dir. MARTÍNEZ CALVO, J.), Aranzadi, 2023, pp. 55 y ss.
MONJE BALMASEDA, O., "La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros (dirs.), en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019, pp. 247 y ss.
MÚRTULA LAFUENTE, V., Los "principios de Verona" y la protección de los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución" en *El derecho privado ante los retos de la agenda 2030*,. MARTÍNEZ CALVO, J. y SÁNCHEZ CANO, M.J. (dir.), SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 137 y ss..
NANCLARES VALLE, J., "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional, 31 Ext.,* 2020, pp. 1 y ss.
NAVARRO-MICHEL, M., "La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales", en "Dossier gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022", *Revista Bioética y Derecho*, núm. 56, 2022, pp. 5 y ss..
PALOMINO MORALEDA, H., "La filiación con base en un contrato de gestación subrogada es contraria al orden público español A propósito de la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 277/2022 de 31 de marzo"
PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
PÉREZ MONGE, M., "La maternidad subrogada: gestación comercial: deseos y derechos. Aspectos a favor y en contra, y futuro de la gestación subrogada en España", en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros (dirs.), en *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019, pp. 535 y ss.
PÉREZ MONGE, M "Maternidad subrogada e interés del menor", en MARTÍNEZ CALVO, J. (dir.), *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, 2023, pp. 93 y ss,
PÉREZ MONGE, M., "Maternidad subrogada: Vulnerabilidad y seguridad jurídica", en MAYOR DEL HOYO, M.V., y DE SALAS MURILLO, S. (dirs.), *El derecho civil ante los retos de la vulnerabilidad personal*, 2024, Aranzadi, pp. 571 y ss.
QUICIOS MOLINA, S., "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, pp. 3 y ss.
QUICIOS MOLINA, S., "Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado e interés superior del menor", en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (coords.), *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida,* Madrid, Dykinson, 2021, pp. 277 y ss
RODRÍGUEZ-JAUME, M. J.; GONZÁLEZ-RÍO, M. J. y CABALLERO PÉREZ, P., "La opinión pública española sobre la gestación por sustitución». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 182, (2023), pp. 119-138.
SALES PALLARÉS, L.,, "La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 2, Octubre 2019, pp. 326 y ss.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E., "La Instrucción de 5 de octubre de 2010", en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros (dirs.), *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019, pp. 347 y ss.
URRUELA MORA, A., "El derecho y la bioética ante el fenómeno de la maternidad subrogada. Consideraciones de *lege lata* y perspectiva de futuro", *Revista Derecho y Salud*, Volumen 29 núm. 1, 2019, pp. 82 y ss
ZUBERO QUINTANILLA, S.: "Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España", *Actualidad jurídica iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 bis (extraordinario), 2018, pp. 226 y ss.

LIMITAR LA HIPERACCESIBILIDAD AL PASADO DIGITAL: LA CLAVE DEL DERECHO AL OLVIDO

Dra. María Teresa Pérez Giménez
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 04/06/2025
Fecha de aceptación: 09/10/2025

RESUMEN: Desde un punto de vista literal, el derecho al olvido supone la voluntad de permanecer en el anonimato y no verse incomodado por informaciones del pasado. Ello implica que cualquier persona pueda, en un momento determinado, exigir que una publicación que le afecte, desaparezca, y no sólo porque atente contra sus derechos fundamentales, sino también, simplemente, para evitar la vinculación a hechos y situaciones del pasado, poniendo el foco de atención en el interés en su desaparición, en la voluntad de que no se conozcan detalles personales.

La realidad es que este derecho se ha dotado de una regulación específica, que tiene su propio ámbito de aplicación y efectos y que estos se concretan, fundamentalmente, en el control efectivo de la persona interesada sobre sus datos personales, en su autodeterminación informativa.

Por ello, teniendo en cuenta que la actual regulación sobre protección de datos persigue el control y con ello, la protección de los propios datos, el objeto de este estudio es analizar si es viable que cualquier persona, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y sin más limitaciones, pueda suprimir y cancelar la información publicada en relación con sus datos personales.

ABSTRACT: From a literal perspective, the right to be forgotten implies the desire to remain anonymous and not be bothered by information from the past. This means that any person can, at any given time, demand the disappearance of a publication that affects them, not only because it violates their fundamental rights, but also to avoid links to pasta events and situations, focusing on the interest in its disappearance and the desire to keep personal details secret.

The reality is that this right has been endowed with specific regulations, which have their own scope and effects, and which are embodied in the data subject´s effective control over their personal data, their informational self-determination.

Therefore, taking into account that current data protection regulations seek and protect control over one´s own data, the purpose of this study is to analyze whether it is feasible for any person, in the exercise of their free will, to delete and erase information published in relation to their personal data.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido, protección de datos, autonomía de la voluntad, hemeroteca digital.

KEYWORDS: Right to be forgotten, data protection, free will, digital newspaper archive.

SUMARIO: 1. Aproximación al derecho al olvido. 2. El papel de la autonomía de la voluntad en la regulación del derecho al olvido; a) El Reglamento de protección de datos; b) La LO 3/2018. 3. Examen de la precursora STJUE de 13 de mayo de 20214. 4. Conclusión preliminar. 5. El caso concreto de las hemerotecas digitales. 6. Bibliografía.

1. APROXIMACIÓN AL DERECHO AL OLVIDO.

La sección tercera, capítulo tercero, del Reglamento de protección de datos, en el ámbito de los *derechos del interesado* recoge los derechos de rectificación y *supresión* en los artículos 16 y 17 respectivamente; regula en el artículo 18 el derecho a la limitación del tratamiento; en el 19, la obligación de notificación relativa a la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento y en el 20, el derecho a la portabilidad de los datos. Por su parte la sección cuarta, dentro del mismo capítulo, regula el derecho de oposición en el artículo 21.

Como punto de partida, se configura, pues, como un derecho, de ahí la necesidad de precisar su alcance y cuáles son sus límites.[1] En este sentido, el artículo 17 del Reglamento acota los supuestos en los que se puede obtener, sin dilaciones indebidas, la supresión de los datos personales; por su parte, la jurisprudencia europea insiste en la necesidad de ponderar el interés del particular en la protección de sus datos, sus derechos a la intimidad, a la privacidad y al honor y el interés del buscador y los ciudadanos en su derecho a la información desde el punto de vista fundamental de que el gestor del motor de búsqueda facilita, considerablemente, la accesibilidad a la información a cualquiera que lleve a cabo un rastreo, prestando una labor concluyente en su difusión y por ende una injerencia superior en los derechos mencionados.

En este ámbito, como veremos, juega un papel decisivo el factor tiempo y si existe o no un interés preponderante del público en tener acceso a dicha información, cuestión interrelacionada con su posible carácter sensible. En cualquier caso, como se expondrá, corresponderá al órgano jurisdiccional competente determinar la conveniencia de dictaminar que se eliminen los vínculos de la lista de resultados en ejercicio de este derecho. Con los mencionados antecedentes legales y jurisprudenciales, la doctrina se esfuerza por delimitar el concepto del derecho que analizamos.[2]

Desde un punto de vista textual implica la voluntad de permanecer en el anonimato y no verse incomodado en el futuro por informaciones del pasado; en un sentido natural, olvidar supone perder la memoria de una cosa para que ese alguien o su acción no estén nunca más presentes en el recuerdo, cayendo en el olvido. Así considerado, el derecho al olvido supondría que cualquier persona pudiera, en un momento determinado, exigir que una publicación sobre ella tuviera que desaparecer, bien porque pueda atentar contra su intimidad o afectar a su honor, bien porque pueda perjudicar su imagen o simplemente por no querer estar vinculado al pasado siendo prisionero de determinadas informaciones antiguas que en la actualidad nada tienen que ver con su vida, dejando al margen que le perjudiquen o no, pues se pone el foco de atención en el interés en su desaparición, en la voluntad de que no se conozcan detalles personales. Si esto fuera posible nos encontraríamos ante un derecho al

[1] La primera referencia al mismo se aborda en la STJUE de 13 de mayo de 2014, que se analizará en un epígrafe posterior y su primera regulación se lleva a cabo en el mencionado artículo 17 del Reglamento que lo denomina derecho de supresión, si bien entre paréntesis y entre comillas y suponemos que con finalidad aclaratoria se refiere al mismo como *"el derecho al olvido"*.

[2] *Vid,* M. ÁLVAREZ, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital.* Reus, 2015, Madrid. J. ÁLVAREZ, *El derecho al olvido digital. Debilidades y fortalezas de un derecho fundamental de nueva generación.* Aranzadi, 2023, Navarra.

olvido auténtico y absoluto que poco tiene que ver, considero, con la realidad del derecho sobre el que indagamos. Se trataría, en definitiva, de la facultad del individuo de exigir que otros no puedan acceder a información sobre él, un derecho a apartarse del medio y a eliminar la información personal que la red contiene.[3]

La realidad es que este derecho se ha dotado de una regulación específica que, si bien se interrelaciona con todos los derechos recogidos en el mismo capítulo, tiene su propio ámbito de aplicación y efectos que se concretan en el control efectivo del interesado sobre los datos personales, en la autodeterminación informativa del propio individuo, cuyo refuerzo representa uno de los objetivos del Reglamento.[4]

Así, teniendo en cuenta que la regulación sobre protección de datos busca y protege el control de los propios datos, el objeto de este estudio es analizar si es viable que cualquier persona, en el ejercicio de su propia autonomía de la voluntad, y sin más limitaciones, pueda suprimir y cancelar la información publicada en relación con sus datos personales.

2. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO.

a) El Reglamento de protección de datos.

Directamente vinculado a la protección de datos personales, el derecho al olvido o derecho de supresión, persigue que sea viable la pretensión de olvidar y ser olvidado.[5] Con esta finalidad, el artículo 17 del Reglamento 679/2016[6] explica que el interesado tiene derecho a obtener sin dilaciones indebidas, del responsable del tratamiento, la supresión de los datos personales que le conciernan en los siguientes supuestos: a) Los datos ya *no sean necesarios* en relación con los fines para los que fueron recogidos o si son tratados de otro modo; b) El interesado *retire el consentimiento* en que se basa el tratamiento y este no tiene otro fundamento jurídico; c) El interesado *se opone* al tratamiento y no prevalecen otros motivos legítimos para el mismo; d) Los datos personales han sido *tratados ilícitamente*; e) Los datos personales deben suprimirse para el cumplimiento de una *obligación legal*; f) Los datos personales se han obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información, tratándose de *menores de 16 años*.

Partiendo de lo anterior y teniendo en cuenta que Internet puede almacenar miles de millones de datos de manera indefinida ofreciendo información que fuera del tiempo y del lugar en el que se generó puede ocasionar daños incalculables,[7] son muchas las reclamaciones presentadas, ante la AEPD, por parte de particulares que desean que la cancelación de sus datos se haga efectiva cuando los mismos no tienen vigencia o no se corresponden con la realidad. El objetivo, en definitiva, de este nuevo derecho es limitar la circulación permanente

[3] La SAN, Sala CA, de 29 diciembre 2014 (RJCA 1065/2014) considera que el derecho al olvido es el poder de disposición del particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona.
[4] A. I. BERROCAL, *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Análisis conjunto del Reglamento UE 2016/679 y de la LO 3/2018*. Reus, 2019, Madrid, p. 327.
[5] V. MADRONA, "La libertad de información frente a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen". *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*. Aranzadi, 2018, Navarra, p. 21.
[6] El apartado 1 recoge el derecho de supresión y el 2 el derecho al olvido. *Vid* considerandos 65 y 66 del Reglamento 679/2016 y arts. 15, 93 y 94 LO 3/2018.
[7] Así, por ejemplo, el nombre que aparece vinculado a una deuda con la Agencia Tributaria, la inclusión indebida en un registro de morosos, o los datos asociados a la comisión de un delito.

y global de datos personales a través de Internet[8] y que la persona tenga el control sobre sus datos personales, siendo sus antecedentes más directos los derechos de oposición y de cancelación;[9] con el primero de ellos, cualquier persona se puede oponer al tratamiento de sus datos personales; con el segundo, puede solicitar la supresión de datos que resulten inadecuados o excesivos.[10]

En el ámbito digital, el derecho de supresión y al olvido, da un paso más allá de la cancelación y se podría considerar como una progresión de este derecho a través del cual el interesado requiere que sus datos personales desaparezcan y no dejen rastro en la red, bien por considerar que la información que se proporciona es obsoleta, bien porque entienda que atenta contra sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad o a la imagen. El particular no se conforma con el bloqueo de los datos y que se permita su conservación, sino que pretende el borrado permanente de esos datos personales a fin de que no aparezcan en las búsquedas en Internet.

No se trata, sin embargo, de un derecho absoluto, por lo que la actuación anterior se encontrará limitada cuando el tratamiento sea necesario para: a) Ejercer los derechos a la *libertad de expresión e información*; b) El cumplimiento de alguna *obligación legal*, o de una misión realizada en *interés público* o en el ejercicio de poderes públicos; c) Por razones de interés público en el ámbito de la *salud pública*; d) Con *fines de archivo* en interés público, fines de *investigación científica*, *histórica* o *estadística*, en la medida en que se pudiera obstaculizar o hacer imposible el logro de los objetivos de dicho tratamiento; e) Para la formulación, ejercicio o defensa de *reclamaciones*.

De acuerdo con lo anterior, para poder aplicar el derecho de supresión es necesario que se de alguna de las referidas circunstancias del apartado primero del artículo 17 del Reglamento; de modo que, al darse cualquiera de estas eventualidades, la supresión recaerá sobre los datos personales del interesado que deberá dirigirse para ello al responsable del tratamiento y no únicamente a los motores de búsqueda.

Cada una de estas circunstancias se puede relacionar directamente con alguno de los principios relativos al tratamiento,[11] de modo que, si estos no se respetan, la actuación se convierte en ilegítima, y ello permitirá la eliminación de los datos en cuestión. Así, si los datos ya no son necesarios en función de los fines para los que fueron recogidos o están siendo tratados de otro modo, se atenta contra la *proporcionalidad y finalidad* de los datos; si fuera el propio interesado quien retira el consentimiento y no hay otra base que lo fundamente jurídicamente, se atenta contra el principio de *licitud del tratamiento*; si se opusiera al tratamiento y no existen motivos legítimos para el mismo, existe una evidente falta de consentimiento y además, los datos se estarían tratando ilícitamente y vulnerando el *principio de lealtad*;[12] por último, igualmente, si los datos se han obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información, tratándose de menores de 16 años, si no

[8] C.PAUNER, "Implicaciones del futuro Reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información". *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Dykinson, 2014, Madrid, p. 193.
[9] Para P. SIMÓN, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Bosch, 2015, Barcelona, p. 97, el derecho al olvido es una forma poética de referirse, principalmente, al derecho de cancelación y, eventualmente, al de oposición.
[10] Junto a ellos, el *derecho de acceso*, entendido como la posibilidad de solicitar información al responsable de un fichero sobre si determinados datos personales están siendo tratados y con qué finalidad; y el *derecho de rectificación* que permite solicitar la modificación de aquellos datos que sean inexactos o incompletos.
[11] *Vid* art. 5 del Reglamento.
[12] *Vid* art. 6.1 del Reglamento. La STS de 10 abril 2024 (2024,1805), analiza como los cambios sociales y personales afectan a los datos que se exponen públicamente, en relación con el consentimiento para su tratamiento.

se ha contado con el respaldo del titular de la patria potestad o de la tutela y en la medida en la que aquel apoyo fue otorgado.[13]

Así, se puede afirmar que los derechos a la supresión y al olvido tienen que ver con la voluntad del interesado, pero no con la voluntad omnímoda del mismo, dado que esa intención y deseo están en todo caso vinculados a la existencia de alguna de las circunstancias mencionadas.

Por otra parte, partiendo de los principios mencionados, se pone de manifiesto la relación existente entre los derechos de oposición y cancelación y el derecho de supresión que por caminos distintos y con campos de actuación diferentes, tienden hacia una misma finalidad.

El derecho de oposición, recogido en el artículo 21, permite al interesado oponerse en cualquier momento a que sus datos personales sean objeto de tratamiento,[14] incluida la elaboración de perfiles. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que existan motivos legítimos indispensables para el mismo, que puedan prevalecer sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado o para la formulación, ejercicio y defensa de reclamaciones. De igual modo, si el tratamiento tiene por objeto la mercadotecnia directa. En ambos casos, el responsable del tratamiento deberá acreditar esos motivos legítimos o la existencia de un interés público con el objeto de que no prospere la oposición.

La consecuencia de la oposición, si progresa, es que el interesado puede pedir la supresión al responsable del tratamiento de manera inmediata. Si no lo hiciera, al menos existiría para el responsable la obligación de cesar en el tratamiento. En este caso, del Reglamento se deduce que la oposición puede llevar aparejada o no, según decida el interesado, el borrado y desaparición completa de la información. Además, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, deberá adoptar medidas razonables, también técnicas, para informar a los responsables que estén tratando estos datos, de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a los mismos, y de cualquier copia o réplica de aquéllos.[15] Si no se adoptaran estas medidas de supresión e información, serán responsables de los daños que se generen.

Para concluir, el derecho de oposición tiene una finalidad y el derecho de supresión otra distinta, si bien el interesado que opta por la oposición puede no conformarse con el cese de la actividad sino ir más allá y exigir el borrado definitivo de la información. La exigencia se dirigirá al responsable del tratamiento, siguiendo la denominación genérica que utiliza el Reglamento, lo que afecta a cualquier persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo que, sólo o junto a otros, determine los fines y medios del tratamiento, lo que incluye a los autores de sitios digitales, motores de búsqueda, hemerotecas digitales, etc.

b) La LO 3/2018.

El derecho al olvido se regula en la LO 3/2018 desde dos vertientes; de un lado, el artículo 93 se refiere a las búsquedas de Internet y de otro lado, el artículo 94 contempla los servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

---

[13] *Vid* art. 8 del Reglamento.

[14] *Vid* art. 6. 1 e) y f). Dice R. PAZOS, "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? *Revista para el análisis del Derecho*, 2015, enero, p. 39, que el derecho de oposición es un mecanismo de defensa contra el uso legítimo de los datos personales sin consentimiento previo del interesado.

[15] *Vid,* el principio de responsabilidad proactiva del art. 5.2 del Reglamento.

1. Búsquedas en Internet

El artículo 93 reglamenta este aspecto en absoluta sintonía con la sentencia del caso *Google,* que se analizará después, y centra el derecho al olvido en la actividad de los motores de búsqueda. Del análisis del precepto se extraen las siguientes bases para su aplicación:

Se refiere únicamente a los motores de búsqueda; de modo que, el derecho subsistirá aun siendo lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y aunque no se lleve a cabo su borrado previo o simultáneo; es decir, el derecho al olvido no implica la desaparición de la información que aparece en la fuente originaria porque puede ser lícita. No obstante, si no lo fuera, también se podría proceder frente a la misma.

El derecho al olvido se concreta en las listas de resultados que se obtienen a partir del nombre del afectado, eliminando los enlaces publicados con información relativa al mismo; por lo que no se impide que se pueda acceder a la información utilizando otro criterio distinto de búsqueda. En todo caso, se ha de tratar de información inadecuada, inexacta, no pertinente, no actualizada, excesiva o que se hubiera convertido en tal por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron los datos, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.[16]

2. Servicios de redes sociales y servicios equivalentes

Por su parte, el artículo 94 se refiere al derecho al olvido frente a servicios de la sociedad de la información y las redes sociales. El precepto refleja dos distintas situaciones; de un lado, que los datos personales los hubiera facilitado el *propio interesado* en que ahora se supriman; es decir, revoca el consentimiento que prestó con anterioridad por lo que debe primar su voluntad; y de otro lado, que se trate de datos personales facilitados *por terceros*. En este supuesto, la supresión requiere, igualmente, que estos datos sean inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados, excesivos o que hubieran devenido tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información; de igual modo se procederá si las circunstancias personales invocadas evidencian la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio. Si el derecho se ejercita por un afectado en relación con datos facilitados por él mismo o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por la simple solicitud, sin más requerimientos.

3. La exención doméstica

Del régimen anterior, se exceptúan los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas. De hecho, es común que los usuarios de redes sociales incluyan en sus perfiles además de sus propios datos personales los de otras personas, familiares, amigos y conocidos, sin guardar conexión con actividades

[16] La STS de 11 enero 2019 (LA LEY 38/2019) admite que puede ejercerse el derecho al olvido frente a la sociedad gestora de un motor de búsqueda en Internet, cuando los hechos objeto de divulgación son inexactos y no se corresponden con el requisito de información veraz que exige el art. 20.1 b) de la CE. En relación con el valor del paso del tiempo es muy interesante la STC de 4 junio 2018 (LA LEY 58/2018); en ella, se resalta cómo el interés que pudo tener el asunto en su momento había desaparecido por completo y por ello, volver a difundir la noticia ocasiona graves daños en los derechos al honor, la intimidad y la protección de datos personales de los afectados.

profesionales o comerciales. Este tratamiento de datos personales, realmente no lo es, y por ello en la mayoría de los casos se encuentra cobijado en la llamada *exención doméstica*.[17]

En relación con la misma, el Dictamen 5/2009, sobre las redes sociales[18] establece como criterio general que en los casos en los que los usuarios operan en un ámbito estrictamente personal y contactan con personas que forman parte de su ámbito familiar y de relación, no se aplica la normativa de protección de datos y por ello no se ha de cumplir con las obligaciones propias del responsable o encargado del tratamiento, lo que no exime en su caso del cumplimiento de las disposiciones generales del Derecho civil o penal nacional en cuestión, pensemos, por ejemplo en un supuesto de difamación en la red que pondría en marcha los mecanismos de defensa y tutela de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar o a la imagen. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones y determinadas actividades no se benefician de esta *exención*. En concreto el dictamen se refiere a las siguientes situaciones:

De un lado, si se trata de *datos sensibles* que requieren un consentimiento explícito; así, por ejemplo, los que revelan el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia sindical, los datos relativos a la vida sexual o a la salud, entre otros. En estos supuestos, la necesidad de garantizar los derechos de terceros, requiere la existencia de un consentimiento rotundo.

Por otra parte, es importante determinar si existen o no *restricciones de acceso*. Así, cuando cualquiera puede acceder a un perfil, si los datos son indexables por los motores de búsqueda y si el usuario decide con perfecto conocimiento de causa, ampliar el acceso más allá de los amigos elegidos, el acceso sobrepasa el ámbito personal o doméstico y se asumen las responsabilidades de un responsable del tratamiento de datos.[19]

Por último, se debe aclarar que si el usuario actúa en nombre de una *empresa o una asociación* o utiliza las redes sociales como plataforma con fines comerciales, políticos o sociales, asume la plena responsabilidad de un responsable del tratamiento pues revela datos personales a otro responsable del tratamiento de datos y a terceros. En estas circunstancias, el usuario necesita el consentimiento de las personas interesadas o bien otra base que legitime su actuación.

De lo anterior se deduce que la exención doméstica permite tratar datos en un contexto personal sin estar sujeto a las obligaciones y restricciones de las normas de protección de datos; sin embargo, es crucial tener presentes los límites de esta excepción para evitar violaciones de la privacidad; de ahí, la necesidad de valorar caso por caso y hacer un ejercicio de ponderación que permita valorar qué derechos e intereses deben prevalecer atendiendo

[17] *Vid* art. 2.2 c) y considerando 18 del Reglamento. La *exención doméstica* la conforman acciones tales como la actividad en redes sociales, la correspondencia y llevanza de un repertorio de direcciones y la actividad en línea llevada a cabo en el contexto de estas actividades.

[18] Adoptado el 12 de junio de 2009 por el *Grupo de Trabajo creado por el art. 29* de la Directiva 95/46/CE, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad. Sus funciones se describen en el art. 30 de esta directiva y en el art. 15 de la Directiva 2002/58/CE. La principal preocupación del dictamen es el acceso a la información del perfil.

[19] L.J. MIERES, *El derecho al olvido digital*. Documento de trabajo 186/2014. Fundación Alternativa, 2014, p. 50, explica que, en un ámbito de relación cerrado, normalmente limitado a personas que comparten lazos de amistad, el riesgo de que determinada información personal sea descontextualizada es mucho menor, porque el interesado siempre tiene el recurso de situar en el nivel debido, la interpretación del dato. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org

las circunstancias concretas que concurran.[20] Así, por ejemplo, se tendrá en cuenta si es posible acceder a los datos de que se trate a través de fuentes ya disponibles por el público, la edad del interesado, que se trate de una información veraz, que se publique en un grupo cerrado y que se retire del mismo por la propia persona denunciada.[21] El ejercicio de ponderación mencionado puede dar lugar al archivo de actuaciones si la comunicación o difusión de datos queda, en atención al mismo, justificada.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que el derecho a la supresión de datos no es un derecho absoluto pues se puede encontrar limitado por otros derechos con los que entre en conflicto. Además del límite derivado del ejercicio del derecho a la *libertad de expresión e información*,[22] el art. 17.3 del Reglamento incluye otros cuatro supuestos en los que no procede el derecho de supresión. En concreto:

El *apartado b)* hace referencia al cumplimiento de una obligación legal, que requiera el tratamiento de datos, impuesta por el derecho de la Unión o de los Estados miembros o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable.[23] La aplicación de estas bases jurídicas debe establecerse antes de comenzar el tratamiento y relacionarse con un fin específico, informando de ello al interesado. La idea fundamental es que el tratamiento esté legitimado por una norma que lo ampare, teniendo en cuenta que sólo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos cuando esta situación derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.[24]

El *apartado c)* se refiere a razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Nos remitimos al artículo 9 letras h) e i) en el ámbito del tratamiento de categorías especiales de datos personales, dedicados específicamente a fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria. También en relación con el tratamiento realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional. Se pueden, además, introducir condiciones adicionales o limitaciones con respecto al tratamiento de datos genéticos, biométricos y relativos a la salud, en general.

El *apartado d)* va referido el tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o estadísticos. El artículo 89. 1 del Reglamento dispone que el tratamiento que se lleve a cabo con estos fines debe estar sujeto a las garantías adecuadas para favorecer los derechos y libertades de los interesados;[25] garantías que harán

[20] Una persona que mantiene una lista de contactos de amigos y familiares para su uso personal, estaría dentro de la exención doméstica; sin embargo, un *blogger* que publica información sobre su familia y amigos, sin su consentimiento, no estaría amparado por la misma. El art. 6.1. f) del Reglamento considera que el tratamiento de datos será lícito si se dan tres requisitos. 1. Que el responsable del tratamiento persiga un interés legítimo; 2. Que el tratamiento sea necesario para satisfacer ese interés legítimo; 3. Que no prevalezcan los intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales.

[21] *Vid* STJUE de 4 de mayo de 2017, apartados 31, 32 y 33; STJUE de 24 de noviembre de 2011, apartados 40 y 44 y STJUE de 19 de octubre de 2016, apartado 62.

[22] El artículo 17.3 a) establece que el derecho de supresión no se aplicará cuando el tratamiento sea necesario para ejercer *el derecho a la libertad de expresión e información*. Si se produce la colisión de los derechos a la libertad de expresión e información y el derecho a la supresión de datos corresponde al órgano jurisdiccional hacer una ponderación caso por caso para determinar la prevalencia de un derecho u otro.

[23] Recordemos que cualquier tratamiento de datos sólo será lícito si cumple al menos alguna de las condiciones del artículo 6.1 del Reglamento que en sus apartados c) y e) coincide en estos mismos términos.

[24] *Vid* art. 8.1 LO 3/2018.

[25] En un sentido similar, el considerando 156 del Reglamento incide en la necesidad de supeditar el tratamiento a las garantías adecuadas, evaluando la viabilidad de cumplir esos fines mediante un tratamiento de datos que no permita identificar a los interesados.

que se pongan en marcha las medidas técnicas y organizativas necesarias para el respeto, en particular, del principio de minimización de los datos personales.

Por último, el *apartado e)* en cuanto a la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

3. EXAMEN DE LA PRECURSORA STJUE DE 13 de MARZO de 2014.

Esta sentencia, fallada a instancia de un ciudadano español, marcó un antes y un después en la jurisprudencia comunitaria sobre Internet dado que cuando se dictó no estaba aprobado el Reglamento y el derecho al olvido, como tal, no se encontraba reconocido ni en el Ordenamiento europeo ni en las normas nacionales, si bien la existencia de demandas de los ciudadanos que buscaban ser olvidados en la red eran frecuentes y en la mayoría de las ocasiones se canalizaban a través de los derechos de oposición y cancelación, antes referidos, ante la AEPD.

El asunto trae causa del planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de la Audiencia Nacional para poder tomar una decisión ante el asunto que se le había planteado en el procedimiento entre *Google Spain SL, Google Inc.* y la AEPD.[26] La petición de decisión prejudicial versaba sobre la interpretación de determinados artículos de la Directiva 95/46/CE entonces vigente, relativa 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 del artículo 8 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

El litigio se planteó porque un particular español y domiciliado en España presentó una reclamación ante la AEPD, contra *La Vanguardia Ediciones*, y contra *Google*, dado que cuando introducía su nombre en el motor de búsqueda, este le remitía a dos páginas del periódico en el que se hacía referencia a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad social. El demandante pedía, de un lado, que el periódico eliminara o modificara la publicación para que no aparecieran sus datos personales y de otro lado, que se exigiera a *Google* que eliminara y ocultara sus datos personales para que no aparecieran en los resultados de la búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces del periódico pues el embargo en cuestión era un hecho del pasado, resuelto y carente de interés.

La AEPD desestimó la reclamación en relación con *La Vanguardia*, argumentando que la publicación que se llevó a cabo estaba justificada, pues lo fue a instancia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que buscaba mayor publicidad de la subasta y con ello mayor concurrencia de licitadores; pero la estimó frente a *Google,* considerando que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa de protección de datos pues actúan como intermediarios de la sociedad de la información, pudiendo lesionar este derecho fundamental y la dignidad de la persona que quiere apartar dichos datos del conocimiento de terceros. Para la AEPD el requerimiento es viable frente a los motores de búsqueda, aunque no se supriman los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada si existe una causa que lo justifique.

En estas circunstancias, *Google* recurre ante la Audiencia Nacional que planteó las cuestiones prejudiciales, que resumidamente se exponen a continuación, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su resolución sienta precedentes jurisprudenciales, dignos de

[26] El caso lo resuelve la SAN-Sala CA, sección 1ª, de 29 diciembre 2014 (RJCA 1065/2014).

mención, que impulsan la modificación que se llevó a cabo en el Reglamento y que mantienen su vigencia con el mismo.[27]

1ª cuestión: La actividad de los buscadores como proveedores de contenidos.

A) El concepto *tratamiento de datos* comprende la actividad que desarrolla *Google.*

Se está haciendo referencia en una página web a datos personales, pues se trata de información relativa a personas físicas identificadas o identificables. Al explorar en Internet de manera sistemática y automatizada en busca de información, el gestor de un motor de búsqueda recoge los datos, los extrae y registra, los organiza en el marco de sus programas de indexación, se conservan en sus servidores y en su caso se facilita el acceso y se comunica a los usuarios en forma de listas de resultados. A estos efectos, no es relevante que el gestor también realice estas operaciones con otro tipo de información sin distinguir por tanto si existen o no datos personales. Y tampoco lo es que no haya modificación de los mismos por parte del motor de búsqueda por referirse únicamente a información ya publicada, tal cual, en los medios de comunicación.[28]

B) *Google es responsable del tratamiento* de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa.

El tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos pues facilita su acceso a los internautas tras la organización y agregación de la información, dando una visión estructurada de la información que hay en Internet, lo que permite establecer un perfil más o menos detallado de la persona. Su actividad se distingue pues, de la llevada a cabo por los editores de sitios de Internet, que consiste únicamente en hacer figurar esos datos en una página y, en consecuencia, puede afectar significativamente y de modo adicional a la de aquéllos, en cuanto a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y protección de datos personales.

El gestor del motor de búsqueda al determinar los fines y medios de esta actividad debe garantizar que la misma satisface las exigencias de la normativa vigente y lograr la protección de los derechos fundamentales referidos. Y, además, el que hecho de que los editores de sitios de Internet puedan indicar a los gestores de los motores de búsqueda que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, no significa que la falta de tal indicación libere al gestor del motor de búsqueda de su responsabilidad en el tratamiento de datos personales llevados a cabo por dicho motor. Aun así, se entiende que el gestor del motor de búsqueda determina los fines y medios de dicho tratamiento.

En conclusión, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse

[27] Posición contraria a las conclusiones presentadas por el Abogado General, Sr. *Niilo Jääskinen*, el 25 de junio de 2013, que mantuvo la tesis del *intermediario neutral* y una postura más limitadora de los derechos de los afectados por informaciones *on line*.

[28] *Vid* apartados 26 a 30 de la STJUE de 13 mayo 2014 en relación con el art. 2 a) y b) de la Directiva 95/46/CE. Actualmente, la LO 3/2018, en su art. 93, considera que los motores de búsqueda son responsables del tratamiento de datos en la onda de la STJUE de 13 mayo 2014.

de *tratamiento de datos personales* cuando se contienen datos de este tipo y por ello al gestor del motor de búsqueda se le debe considerar *responsable* de dicho tratamiento.[29]

C) La AEPD puede requerir a *Google* para que retire de sus índices una información publicada por terceros, sin dirigirse de manera previa o simultánea al titular de la web en la que se encuentra dicha información.

El interesado que quiere hacer prevalecer sus derechos fundamentales, frente a la actuación del motor de búsqueda, puede oponerse en cualquier momento y por razones legítimas, propias de su situación particular, a que sus datos sean objeto de tratamiento, con las excepciones previstas en la legislación. En su caso, podría dirigir la solicitud directamente al responsable del tratamiento y si éste no accediera a examinar debidamente su fundamento, puede acudir a la autoridad de control o incluso a los tribunales para que sean éstos quienes lleven a cabo las comprobaciones necesarias y en su caso, ordenen al gestor la adopción de las medidas oportunas.

Así pues, la autoridad de control recibirá la solicitud relativa a la protección de los derechos y libertades particulares en relación con el tratamiento de los datos personales y dispondrá de poderes de investigación e intervención que le permitirán llegado el caso, ordenar el bloqueo, la supresión de los datos, su destrucción y prohibir provisional o definitivamente su tratamiento.[30]

Y, además, y esto es fundamental para nuestro estudio, la orden que dé la autoridad de control o el órgano jurisdiccional para que el gestor del motor de búsqueda elimine de la lista de resultados determinada información relativa a una persona, no presupone necesariamente que esa información deba ser previa o simultáneamente eliminada de la página web en la que fue publicada. Y esto es así, por las siguientes razones:

Por una parte, el tratamiento de datos llevado a cabo en la actividad de un motor de búsqueda se distingue del que efectúan los editores de sitios de Internet. Su tratamiento afecta de modo adicional a los derechos fundamentales del interesado, pues sin dicho motor los datos no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo hecho muy difícilmente. Es decir, el efecto de la injerencia en dichos derechos se multiplica debido al importante papel de los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados, carácter ubicuo.

Por otra parte, el tratamiento por parte del editor de una página web al publicar información relativa a una persona física puede efectuarse con *fines exclusivamente periodísticos* [31] y beneficiarse de este modo de las excepciones que ello conlleva, no siendo este el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda.[32] Además, no

[29] *Vid* apartados 33 a 41 STJUE de 13 mayo 2014, en relación con el art. 2 d) de la Directiva 95/46/CE.
[30] *Vid* apartados 76 a 78 STJUE de 13 mayo 2014, en relación con arts. 7, 14 y 28 de la Directiva 95/46/CE.
[31] *Vid* considerando 53 del Reglamento. La excepción periodística busca equilibrar el derecho a la protección de datos personales con el derecho a la libertad de expresión y de información. Se fundamenta, sobre todo, en la importancia de la libertad de prensa y la necesidad de que los periodistas puedan llevar a cabo su labor de investigación y difusión de información sin verse indebidamente obstaculizados por las normas de protección de datos, siempre que se cumplan ciertos requisitos y con determinadas garantías. Así, ha de tener una finalidad específica, fines periodísticos legítimos, pues el fin ha de ser informar al público sobre asuntos de interés general; la proporcionalidad, dado que el tratamiento de los datos debe ser proporcional al fin perseguido y no debe exceder de lo necesario para alcanzar ese fin; y siempre en el marco del respeto de los derechos y libertades de las personas cuyos datos personales se tratan. *Vid*, STJUE de 16 diciembre 2008, Gran Sala (Asunto C-73/07).
[32] *Vid* apartados 80, 84, 85 STJUE de 13 mayo 2014, en relación con arts. 7, 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE y 7 y 8 de la Carta.

podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si éstos debieran obtener con carácter previo o en paralelo la eliminación de la información que les afecta de los editores de sitios de Internet.

Por lo tanto, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida, vínculos a páginas web publicadas por terceros que contienen información relativa a una persona, aunque esa información no se borre previa o simultáneamente de esas páginas web y en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea lícita en sí misma.[33] De esta manera, la actuación del gestor del motor de búsqueda se convertirá en la garantía de que no existirán enlaces que nos lleven a aquella información cuando la búsqueda se lleve a cabo a partir del nombre de una persona.

D) Si la información publicada por terceros es lícita y se mantiene, no se excluye la obligación de protección de datos de los buscadores.

Incumbe al responsable del tratamiento garantizar que los datos personales sean tratados de manera leal y lícita, que sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; que sean adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben; que sean exactos y cuando sea necesario, actualizados y por último, que se conserven de una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos.

En este marco se desarrolla la actividad del gestor del motor de búsqueda; por ello la obligación de protección de datos continuará vigente y tendrán que adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no respondan a estos requerimientos sean rectificados o suprimidos. El gestor del motor de búsqueda, como responsable del tratamiento, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicho tratamiento cumple los requisitos establecidos en la legislación para que las garantías que ella establece puedan tener pleno efecto.[34]

2ª cuestión: Alcance del derecho de cancelación y oposición en relación con el derecho al olvido.

Cada tratamiento de datos personales debe ser legítimo durante todo el periodo en el que esté vigente. Nos podemos encontrar ante datos inexactos, inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, no actualizados o conservados durante un periodo de tiempo superior al necesario (a menos que se imponga su conservación por motivos históricos, estadísticos o científicos), o incluso ante un tratamiento inicialmente lícito que puede devenir con el tiempo incompatible con la normativa vigente. En estos supuestos, si tras la correspondiente solicitud del interesado se observa que esta información, habida cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso concreto, es improcedente, no conveniente o desmesurada en relación con los fines del tratamiento, deberá eliminarse o suprimirse.

[33] *Vid*, apartado 88 STJUE de 13 mayo 2014 en relación con arts. 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE. La sentencia acoge íntegramente la tesis defendida por la AEPD y realiza una interpretación garantista del derecho de supresión frente a los motores de búsqueda.

[34] *Vid* apartados 72 y 83 STJUE de 13 mayo 2014 en relación con el art. 6 de la Directiva 95/46/CE. La STJUE de 8 diciembre 2022 (Asunto C-460/20), Gran Sala, clarifica que los gestores de motores de búsqueda deben retirar los enlaces a información inexacta, si bien corresponde al interesado probar dicha inexactitud.

Cuestión diferente es, sin embargo, determinar si el interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté vinculada a su nombre cuando se realiza una búsqueda a partir del mismo. A favor, se podría alegar que este interés debiera prevalecer no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el propio del internauta en encontrar la mencionada información en una búsqueda basada en el nombre de esa persona. En este caso, se podría exigir la eliminación de esos vínculos de la lista de resultados.[35] En contra, se podría argumentar que existe un interés preponderante del público al acceso a la información y que, en este supuesto, la injerencia estaría justificada, circunstancia ésta que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional competente al realizar la ponderación entre los derechos a la información y a la protección de datos.[36]

En conclusión, se trata de examinar si el interesado tiene derecho a que la información ya no esté vinculada a su nombre, lo que contribuye a su olvido o si, por el contrario, la intromisión en sus derechos es justa pues la información debe contribuir a la formación de la opinión pública en asuntos de interés general y de relevancia pública, ya sea por las materias sobre las que versa, ya sea por la proyección pública de las personas a las que va referida. Partiendo de lo anterior y si bien es cierto que esta sentencia del TJUE favorece el derecho al olvido bajo determinadas premisas frente a los buscadores de Internet, ayudando a la construcción teórica y práctica de esta figura, se deben de tener en cuenta, en paralelo, dos circunstancias:

El ejercicio de los derechos de cancelación y supresión frente a los buscadores afecta a los resultados que se obtengan a partir de los datos personales de una persona, en concreto, a partir de su nombre; pero esto no implica que la página en cuestión tenga que ser eliminada de los índices del buscador ni que desaparezca la fuente original. Las fuentes permanecerán inalteradas y el resultado se puede seguir mostrando si la búsqueda se realiza a partir de cualquier otro elemento, que no sea el nombre del afectado. En otras palabras, el enlace sólo permanecerá oculto cuando la búsqueda se lleve a cabo partiendo del nombre de la persona que ejerció su derecho y no en otro caso.

El alcance del derecho al olvido es limitado pues la protección de los derechos fundamentales debe hacerse compatible con el pleno reconocimiento de las libertades de información y de expresión, por su carácter esencial y decisivo en las sociedades democráticas al proteger la difusión de información de asuntos de interés público; lo que debe conjugarse perfectamente con evitar la publicación indiscriminada de datos personales intrascendentes, irrelevantes y agotados.[37]

En esencia y tras el análisis de la sentencia de 13 de mayo de 2014, se puede afirmar que el derecho al olvido pretende impedir que la actividad del motor de búsqueda consistente en indexar de manera automática una información puesta en Internet por terceros, almacenarla y facilitar su acceso tras una búsqueda realizada por el nombre o según otro orden de preferencia determinado, pueda seguir teniendo operatividad.[38] La sentencia consagra un derecho distinto y más específico del regulado en el artículo 17 del Reglamento, consistente en la legitimación que se otorga a los ciudadanos para exigir que el motor de búsqueda no

[35] Esto es lo que ocurrió en el litigio que resuelve la sentencia que comentamos; teniendo en cuenta el carácter sensible de la información y que su publicación se remontaba a más de 15 años atrás, se justifica el derecho a que dicha información no se vincule a su nombre mediante esa lista y se olvide.
[36] *Vid* apartados 94 a 99 STJUE de 13 mayo 2014, en relación con los arts. 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE.
[37] La novedad, dice C. PAUNER, "Implicaciones ..,", 2014, *ob.cit*, p. 196, es que el derecho al olvido también podrá esgrimirse frente a los buscadores de Internet y que estos no pueden ser considerados medios de comunicación, quedando excluidos de la excepción periodística, atajando el problema que radica en la forma indiscriminada con la que los motores de búsqueda facilitan la difusión de informaciones problemáticas.
[38] A.I. BERROCAL, *Estudio jurídico…*, 2019, *ob.cit*, p. 317.

incluya en su lista los resultados que aparezcan por su nombre, ni la referencia, ni el enlace a los contenidos que incluyeran información determinada.[39]

Podemos, por tanto, concluir que no se trata de suprimir los datos en cuestión, ni de borrarlos o hacerlos desaparecer, eliminándolos del conjunto al que pertenecen ni del lugar en el que están, sino más bien de imposibilitar y dificultar su localización al vetar que el motor de búsqueda los indexe. De este modo, cualquier persona tiene derecho a solicitar, bajo ciertas premisas, que los enlaces a sus datos personales no figuren en los resultados de una búsqueda en Internet a partir de su nombre. Así, este derecho se caracteriza, sobre todo, porque lo que pretende es limitar la divulgación universal e indiscriminada de datos personales en atención a que determinada información es obsoleta y antigua y no tiene ni relevancia ni interés público, lo que se valorará caso por caso, ponderando los diferentes derechos e intereses en juego en aras de conseguir un equilibrio entre ellos, dado que, el motor de búsqueda realiza un tratamiento de datos en el que destaca, sobre todo, el carácter global de su difusión, lo que unido a la información que se muestra sobre cualquier persona cuando se accede por su nombre, puede tener un impacto desproporcionado sobre su privacidad y ocasionarle daños incalculables.

Para ejercitarlo es imprescindible que el interesado se dirija a la entidad que está tratando sus datos. En este sentido, los buscadores más utilizados, como *Google*, *Bing* o *Yahoo*, ya han habilitado formularios[40] a través de los cuales pueden recibir las solicitudes de los perjudicados. Si el buscador no responde o la respuesta no convence al interesado, podrá interponer la reclamación pertinente ante la AEPD y en su caso, se podrá recurrir ante los tribunales ordinarios.

Por último, se ha de insistir en que la información no desaparecerá de Internet, ni la página se suprimirá de los índices del buscador, ni de la fuente original; sino que solo afectará a los resultados obtenidos en las búsquedas hechas mediante el nombre de la persona, afectando al enlace en cuestión que en este caso dejará de ser visible; conclusión lógica si tenemos en cuenta que la información que llevan a cabo los medios de comunicación se encuentra amparada, cuando es veraz y de interés público, en el reconocimiento de la libertad de expresión y en los derechos a recibir y comunicar libremente información recogidos en el artículo 20 de nuestra Constitución. De ahí la significación de este pronunciamiento del TJUE que ha señalado con detalle y sensatez cuáles son los patrones que se deben seguir para la protección de los datos frente a los buscadores de Internet, potenciando el ejercicio del derecho al olvido, entendido como la limitación de la propagación infinita de información no pertinente y por obsoleta, perjudicial.

Retomando la idea de la ponderación, se nos plantean dos interesantes interrogantes. El primero, quién debe hacerla y el segundo, en base a qué criterios.

---

[39] Para J. APARICIO, "Derechos del interesado (artículos 12-19 RGPD y artículos 11-16 LOPDGDD)". *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*. LÓPEZ CALVO (Coord). Bosch, 2019, Barcelona, p. 381, hay tres concepciones diferentes del derecho al olvido. De un lado, el derecho que regula el art. 17.2 RGPD; de otro lado, el que consagra la STJUE, que es más bien una aplicación concreta del derecho de oposición que regula el art. 21 RGPD y, por último, la que han utilizado algunos tribunales americanos para tratar de establecer limitaciones a la libertad de prensa que consagra la primera enmienda de la Constitución USA.

[40] La preocupación debería centrarse en los casos dudosos, ¿y si se opta, con exceso de celo, por borrar los enlaces y con ellos la información y los datos, sin haber motivo para ello? ¿podría suponer esta actuación un atentado a la libertad de expresión y de información? *Vid* en este sentido, el apartado 133 de las conclusiones del Abogado General en la sentencia del caso *Google.*

Las reclamaciones se presentan ante los buscadores, en este caso se hizo ante *Google,*[41] quienes tienen una función muy delicada pues tendrán que dirimir qué prevalece si la libertad informativa o la protección de datos y la privacidad, al decidir qué informaciones pueden aparecer y cuales no como resultados de la búsqueda, en función de su relevancia para el interés público; ¿debe preocupar que sean juez y parte?[42]

En su caso, si la reclamación no fuera atendida o si el particular afectado no está de acuerdo con la decisión adoptada, podrá acudir a la AEPD, quien como órgano de la Administración desempeñará una función, igualmente sensible, de revisión de la ponderación anterior, pues recae en sus manos una tarea de control de las libertades públicas y derechos fundamentales, más propia de la autoridad judicial, que debe ejercer de manera esmerada, pues se trata por definición de un órgano independiente; si bien siempre quedará la posibilidad para el interesado de acudir a los órganos jurisdiccionales que al realizar, de nuevo, la labor de ponderación forjarán los criterios jurisprudenciales a los que esta cuestión y otras se sometan, con mayores garantías jurídicas.[43]

En cuanto a la segunda cuestión, los criterios para hacer una correcta ponderación, hay que valorar la exactitud de la información, la relevancia pública o no de la persona afectada y la actualidad de los hechos en cuestión, con la finalidad de determinar si se dan las condiciones necesarias para que prevalezca la libertad de expresión e información o, por el contrario, el derecho a la protección de los datos personales.

En este aspecto es interesante la lectura de la segunda parte de las directrices sobre la ejecución de la sentencia en el asunto que estamos analizando, donde se incluye una lista de criterios comunes para la gestión de las reclamaciones por parte de las autoridades europeas de protección de datos.[44] Se trata de una serie de pautas flexibles que ayudarán en la toma de la decisión correspondiente. Ninguna de ellas es determinante, por lo que se habrá de valorar más de una, aplicándose todas a la luz de los principios recogidos en la legislación europea y nacional vigentes y en la jurisprudencia del TJUE. De acuerdo con lo anterior, los criterios que se deben valorar para hacer la correspondiente ponderación son los siguientes:

a) *Si se trata de personas físicas y la búsqueda se realiza a partir de su nombre.* Se trata de un elemento básico pues puede afectar a su vida privada. También adquieren relevancia los apodos y pseudónimos.

b) *Determinar si nos encontramos ante un personaje público o persona que desempeña un papel en la vida pública.* Los personajes públicos son las personas que ejercen funciones

[41] *Vid The advisory council to Google on the right to be forgotten*, de 6 de febrero de 2015.

[42] Es llamativo que el informe del Consejo asesor de *Google* considere que el motor de búsqueda no debería verse compelido a actuar como juez de un conflicto *entre terceros*. Entiende que éste se plantea entre el editor, que debería ser parte y poder impugnar la decisión, y el solicitante.

[43] E. GUICHOT, "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el Derecho europeo y español". *Revista de Administración pública*, 2019, núm. 209, pp. 84 y 85, valora el sistema de ponderaciones en escalera como insustituible. Que los tribunales sean los últimos garantes es la consecuencia misma del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva; que autoridades administrativas revestidas de garantías formales de independencia revisen las ponderaciones es algo probablemente necesario por el volumen de información en la sociedad; que entidades privadas lleven a cabo una ponderación entre derechos fundamentales es algo que se plantea todos los días en las redacciones de los periódicos.

[44] *Vid* Directrices sobre ejecución de la STJUE en Asunto *Google Spain and Inc, contra la AEPD y Mario Costeja*: 26 noviembre 2014. Para M.E. COBAS, "Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento de protección de datos". *Actualidad Civil*, 2017, núm. 1, p.11, la lista de criterios es una herramienta de trabajo metodológica que sirve de apoyo y ayuda a las agencias de protección de datos en su toma de decisiones; en el bien entendido de que se debe actuar en correspondencia con la legislación nacional interna y en ningún caso considerar estos criterios por sí solos como determinantes.

públicas, utilizan recursos públicos y desempeñan un papel en la vida pública, ya sea político, económico, artístico, social, deportivo u otro que justifique la búsqueda de información relevante sobre los mismos. Ahora bien, puede haber información sobre personajes públicos que sea genuinamente privada, así la relativa a su salud o a los miembros de su familia y que, por tanto, no debiera aparecer en los resultados de la búsqueda. Por el contrario, si la información no es genuinamente privada se abre la puerta a su aparición en las listas de resultados.[45]

c) *La edad del interesado en el olvido*. Siendo menor de edad es más probable que se exija la exclusión de la información de la lista de resultados relevantes, pues el principio del interés superior del menor constituye una consideración primordial en todas las acciones y decisiones que puedan afectarle. Como concepto flexible y adaptable, su aplicación concreta se determinará caso por caso, en función de las circunstancias específicas de cada menor.

d) *Exactitud de los datos*. Aparecen estrechamente relacionados los conceptos de exactitud, adecuación y carácter incompleto.

e) *Relevancia de los datos y verificación de los mismos*. Se debe evaluar si la información contenida es relevante o no desde el punto de vista del público en general en acceder a ella. La relevancia está estrechamente relacionada con la antigüedad de los datos, teniendo en cuenta que, aunque todos los datos relativos a la persona son datos personales, no todos los datos son privados. Hay que hacer una distinción básica entre vida privada y profesional. Es más probable, tratándose de un personaje público que la información sea relevante si se refiere a su vida laboral actual, aunque dependerá de la naturaleza del trabajo y del interés del público en acceder a esos datos. La disponibilidad de información es más aceptable cuanto menos revele de la vida privada, distinguiendo con claridad entre opiniones personales y hechos verificados.

f) *Valorar la actualidad de los datos, si están relacionados con el fin que se persigue o si, por el contrario, ya son obsoletos*. Se excluirá de la lista toda aquella información que no tenga una actualidad razonable y resulte inexacta por no estar actualizada.

g) *Estimar si los datos pueden impactar negativamente en el interesado y ocasionarle daños.* No es necesario acreditar la existencia de un perjuicio para solicitar la exclusión de la lista; ahora bien, si este daño existe será un elemento importante que podrá tenerse en cuenta.

h) *Evaluar si la información pone en riesgo al interesado*. En estos casos, es probable que se considere apropiada la exclusión de la lista de resultados. Pensemos, por ejemplo, en la identificación de un hurto o una difamación.

i) *Contexto de la publicación y la información*. Se tendrá en cuenta si el interesado en el olvido dio inicialmente su consentimiento y si después lo revocó. Es decir, si el contenido se hizo público voluntariamente por el interesado o hay motivos razonables para considerar que sabía que iba a hacerse público.

j) *Averiguar si el contenido original se publicó con fines periodísticos*. Si la información la publicó un periodista en un medio de comunicación institucionalizado y la información es de

[45] En la determinación de este equilibrio es especialmente importante la jurisprudencia del TS y del TC que distingue claramente entre los particulares, desconocidos para el público y los personajes públicos o que actúan en contextos públicos.

interés general, veraz y está bien tratada es un elemento que se debe tener en cuenta. No obstante, el tratamiento es diferente si nos referimos a la publicación en el medio de comunicación, como fuente primaria que puede no verse afectada y, por otra parte, que se trate de la actividad del motor de búsqueda en cuyo caso si se podrá excluir la misma de la lista de resultados.

Es interesante observar cómo el avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el marco de la globalización han trasladado el tradicional conflicto entre los derechos al honor, la imagen y la intimidad, también en su versión de protección de datos, y las libertades de expresión y de información al ámbito virtual, al entorno *on line*; y confirmar además, como siendo todos derechos de carácter fundamental, se impone de nuevo, un ejercicio de ponderación que partiendo de la prevalencia de los primeros frente a estos últimos nos permita eximir como hizo la Directiva 95/46/CE y hacen también el Reglamento 679/2016 y la LO 3/2018, la aplicación de algunos de estos principios generales por la posición preferente que se otorga a las libertades de expresión e información en las sociedades democráticas para contribuir a la formación de una opinión pública libre.[46] La vital y trascendental actividad que desarrollan los medios de comunicación, permite la limitación de los derechos al honor, a la intimidad, a la imagen y ahora también a la protección de datos; la actividad periodística y la información que de ella emana, también se abonan a la consideración de límite para el derecho al olvido.

Ahora bien, la primicia reside en que los buscadores de Internet no son medios de comunicación por lo que al quedar excluidos de la llamada excepción periodística tendrán que hacer frente a las peticiones de particulares que pretendan que determinadas informaciones sean olvidadas, atajando la propagación de manera indiscriminada y fuera de tiempo y lugar de informaciones, que incluso siendo ciertas, no parece justo que vuelvan una y otra vez a la memoria global y colectiva; no obstante, ello no es un obstáculo para que la información en cuestión permanezca vigente en el sitio en el que se publicó originalmente, pues el derecho al olvido, bien entendido, no supone la desaparición ni el borrado de las bibliotecas y hemerotecas cuya función primordial reside en conservar física o digitalmente, ordenadas y clasificadas, revistas, diarios, publicaciones periódicas y en definitiva, información, facilitando su estudio y consulta.

4. CONCLUSIÓN PRELIMINAR.

La adaptación al Reglamento general de protección de datos requirió la elaboración de la LO 3/2018, cuya razón última es procurar la seguridad jurídica y hacer plenamente efectiva su aplicación, desarrollando y completando su contenido. Por esta razón, para entender en qué consiste el derecho al olvido se debe atender a lo que establecen ambos cuerpos normativos. El artículo 17 se refiere al derecho de supresión o derecho al olvido que podrá invocarse bajo determinadas circunstancias; los artículos 93 y 94 de la LO 3/2018, como hemos expuesto, lo regulan en relación con los motores de búsqueda y los servicios de redes sociales y similares. En ninguno de los dos casos, se puede hablar de olvido en el sentido textual de la palabra, pues dicho derecho no implica que la voluntad, la sola voluntad del titular de los datos sea suficiente razón para conseguir que informaciones relativas al mismo deban ser borradas y desaparecer de Internet. No tienen relevancia, en definitiva, las preferencias personales del interesado.

[46] En este sentido, C. PAUNER, "Implicaciones …", *ob. cit,* 2014, p.197.

Teniendo en cuenta que tanto el Reglamento como la LO son aplicables en territorio español, la posición específica que adopta nuestro Ordenamiento jurídico me parece la más correcta. No se ampara un derecho al olvido absoluto, pues ello sería tanto como permitir que cada cual pudiera tener un perfil a la carta en Internet, borrando lo negativo y manteniendo lo positivo, e incluso podría favorecer que quien en un momento de su vida fue un personaje público y hoy no lo es pudiera optar por hacer desaparecer noticias e informaciones por el simple hecho de haber pasado página. Y aún más, se podría atentar contra derechos fundamentales como la libertad de expresión e información que pasarían a ser considerados de segunda categoría.

A mi juicio, la LO se centra en los motores de búsqueda y en los servicios de redes sociales, conformando un objetivo mucho más modesto para este derecho, porque cualquier otro supuesto está cobijado por el Reglamento y por los principios generales y el resto de normas que conforman su propio contenido, que no permiten que se lleve a cabo el tratamiento de datos personales cuando éste sea ilegítimo y en el caso de darse, prevé los mecanismos de defensa necesarios para el particular que sufre la intromisión. Así, si el responsable del tratamiento actúa de manera contraria a la legislación vigente, actuando, precisamente al amparo de la misma, el particular podrá conseguir que el tratamiento no se lleve a cabo; así, por ejemplo, si no hubiera prestado su consentimiento cuando éste fuera necesario.

En conclusión, de la relación entre el Reglamento y la LO 3/2018 podemos deducir, en un sentido amplio, dos acepciones del derecho de supresión que están íntimamente relacionadas, pues quien pretende el olvido en realidad persigue un resultado similar a quien insta que sus datos no sean tratados o sean eliminados ante el carácter ilegítimo del tratamiento.

De una parte, la del artículo 17 del Reglamento: cuando los datos ya no sean necesarios, el interesado no haya dado o retire su consentimiento, se oponga al tratamiento o los datos hayan sido tratados ilícitamente; en definitiva, cuando no haya una base jurídica que lo legitime, se permite la supresión de los datos y en su caso, el olvido si entendemos que el mismo es una consecuencia necesaria y derivada del fin del tratamiento. En realidad, la supresión viene motivada por la ilegalidad del mismo; de ahí que se pueda proceder contra cualquier responsable del tratamiento, sea motor de búsqueda u otro distinto y no sólo para eliminar los enlaces sino también la información en cuestión frente a la web fuente. Ante un tratamiento contrario a la norma y siguiendo el procedimiento previsto, el Ordenamiento jurídico reacciona.

De otra parte, la de los artículos 93 y 94 de la LO 3/2018: el caso de los motores de búsqueda y servicios de redes sociales, como derecho de supresión específico en tanto en cuanto se pretende evitar la *hiperaccesibilidad* a la información que posibilitan tales proveedores y dificultar el acceso a la misma. Por ello, sin atacar a la web fuente se pretende que la información no sea indexada por aquéllos, que los enlaces que nos llevan a la información a la que se pueda acceder tecleando el nombre de una persona se borren, se hagan invisibles y con ello, como si de la memoria humana se tratara, se olvide.

Situados en este punto, se observa como los derechos a la libertad de información y de expresión también se configuran como un límite del derecho al olvido. Veamos cuáles son las razones.

Fundamentalmente, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo,[47] porque el llamado derecho al olvido digital es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales,[48] no es absoluto ni ampara que cada cual construya un pasado a su medida, obligando a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos, lo que es corolario de que el derecho a dar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión prevalece frente a otros derechos constitucionales, siempre que los hechos comunicados se consideren de relevancia pública y la información facilitada sea veraz, alcanzando dicha protección su máximo nivel cuando esta libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su amplia acepción. Esta posición preferente de la libertad de información se puede afirmar, también, respecto a la protección de datos.

En este contexto, los medios de comunicación han de esforzarse para hacer compatibles el derecho a la libertad de información con la aplicación de los principios de protección de datos personales. Para ello se han de valorar circunstancias tales como la relevancia pública de las personas afectadas por el hecho noticiable, el interés público del asunto y la contribución o no de éste a la formación de una opinión pública libre para, en el caso de no aportar información adicional y determinante, evitar la identificación mediante la supresión del nombre, teniendo en cuenta la transcendencia que en la actualidad supone el desarrollo de Internet y la implantación generalizada de motores de búsqueda que suponen la actualización y divulgación exponencial y permanente de la información en prensa o en otros medios de comunicación.

Se puede afirmar, pues, la fundamental importancia que tiene el derecho a dar y recibir información y su prevalencia, con determinados requisitos, frente a los derechos regulados en el artículo 18 de la Constitución, también y sin perjuicio de la debida ponderación, frente a la protección de datos personales en aras de la llamada excepción periodística y de igual modo, en su relación con el derecho al olvido.

5. EL CASO CONCRETO DE LAS HEMEROTECAS DIGITALES.

Aún nos queda una cuestión por tratar a la que se van a dedicar estas páginas, la relativa al tratamiento de los datos en las hemerotecas digitales, lo que se hará tomando como punto de partida dos sentencias, una del Tribunal Supremo y otra del Tribunal Constitucional que resuelven el mismo asunto y en el que éste último trata por primera vez la cuestión del derecho al olvido digital.[49]

La problemática es relevante porque nos referimos a noticias archivadas. Las hemerotecas están llenas de información disponible para investigadores, periodistas y para el público en general. A través de ellas se facilita el acceso, la consulta y su difusión, gracias a la digitalización y ello contribuye a la preservación y conservación de nuestra memoria. Son un recurso de utilidad a través del cual cualquiera puede acceder a noticias del pasado. Es fácil

[47] Sentencia de 15 octubre 2015, Sala de lo Civil (LA LEY 139641/2015).
[48] La STC de 4 junio 2018 (LA LEY 58/2018), contempla el derecho al olvido como una facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y por tanto como derecho fundamental que se integra en las denominadas libertades informáticas y se proyecta en el reconocimiento de un haz de facultades que se confieren a su titular para oponerse a un uso ilegítimo de sus datos personales.
[49] *Vid* STS 15 octubre 2015 (LA LEY 139641/2015) y STC 4 junio 2018 (LA LEY 69693/2018), que resuelve un recurso de amparo frente a la anterior.

comprender que la información a la que antes llegaban unos pocos hoy se ha universalizado y por ello, prácticamente todo se puede encontrar en Internet. En este sentido, el volcado de los archivos de los medios de comunicación en la red ha removido por completo la idea tradicional de hemeroteca, como espacio físico donde encontrar información; hoy existe muchísima información en formato digital y muchos medios tradicionales y digitales que generan información y contenidos; de hecho, en la actualidad los propios medios suelen contar con sus propias hemerotecas en las que recogen y conservan todas las noticias y publicaciones que en algún momento salieron a la luz. Se han digitalizado sus fondos para facilitar las consultas y ahora se conocen como hemerotecas de medios. La cuestión fundamental que nos planteamos es si el mantenimiento de noticias publicadas en los archivos digitales de un medio de comunicación al que se puede acceder *on line*, puede suponer una agresión a la protección de los datos personales y derechos fundamentales de aquéllos a los que la noticia se refiere.

La Sala Civil del Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre el derecho al olvido digital en la mencionada sentencia de 4 de junio de 2018. En ella, estima parcialmente el recurso de amparo interpuesto por dos personas que entendían vulnerados sus derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales al aparecer información sobre ellas al utilizar el buscador de la hemeroteca digital de un diario concreto. La sentencia afirma que la *difusión actual de una noticia que relata hechos pasados*, sin ninguna incidencia en el presente y relativa a personas sin relevancia pública, puede provocar un daño desproporcionado en los derechos al honor, la intimidad y la protección de datos personales de las personas citadas en la misma, frente al escaso interés actual que la noticia pueda suscitar. Por ello, la prohibición de indexar el nombre y los apellidos de las personas, para su uso por el motor de búsqueda interno del medio, debe valorarse como una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada para evitar que la noticia lesione los derechos de los mencionados en ella. Veamos cuáles son los argumentos que esgrime el tribunal para llegar a esta conclusión.

Resumidamente, en el suplico de la demanda, se solicita la declaración de la vulneración de los derechos fundamentales de los actores al honor, la intimidad y la protección de sus datos personales provocada por la difusión de una noticia de los años 80, realizada por *El País SL*, por el uso de sus nombres en el código fuente de la página web que contenía aquella noticia y por la programación de la página web que permitía a los proveedores de servicios de intermediación de búsqueda, que indexasen su contenido por el nombre y apellido de aquéllas.

En la contestación a la demanda, el diario opuso que la acción derivada de la intromisión ilegítima en el honor e intimidad de las personas había caducado al haber transcurrido más de cuatro años desde la publicación de la noticia en el diario impreso y en Internet; y que no se atentaba contra aquellos derechos en atención a que la noticia no devenía inveraz, ni perdía el interés público derivado de su contenido por el paso del tiempo. Además, no se trataba de datos íntimos y se había actuado en el ejercicio legítimo de la libertad de información. En el ámbito de la protección de datos se alegó que no se había incurrido en ninguna infracción al difundir la noticia a través de la hemeroteca, pues correspondía a los buscadores adoptar las medidas necesarias para impedir el acceso indiscriminado a los datos publicados en la red, según resoluciones de la AEPD, quien además mantiene que los medios de comunicación no deben llevar a cabo el borrado o bloqueo de sus propios archivos, en tanto constituyen históricos que forman parte del acervo informativo.

El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona dictó sentencia de 4 de octubre de 2012, estimando íntegramente la demanda. En ella, se condenó a la editorial al cese inmediato de la difusión de la noticia, la implantación de medidas tecnológicas adecuadas para evitar que la información fuera hallada cuando se tecleaban en *Google* los nombres de estas personas y al abono de una indemnización.

El País SL interpuso recurso de apelación contra esta sentencia. La Audiencia Provincial de Barcelona lo desestimó y a las medidas anteriores añadió la condena a cesar en el uso de los datos personales en el código fuente de la página que contenía la noticia, no pudiendo constar en ella ni los nombres ni los apellidos, ni las iniciales de los interesados. *Ediciones El País* interpuso recurso de casación frente a la anterior sentencia, basado en los siguientes dos motivos: 1) Caducidad de la acción ejercitada en el año 2011, tanto si nos referimos a la noticia publicada en papel en los años 80 como a su digitalización llevada a cabo en el año 2002; 2) Infracción de los artículos 7 y 2.1 de la LO 1/82, en conexión con la vulneración del artículo 20.1.d) de la Constitución española.

Frente a dichos argumentos, el Tribunal Supremo explica que la acción no ha caducado pues no tiene por objeto la noticia de los años 80 en su edición impresa, sino el tratamiento de los datos personales consecuencia de la difusión de aquélla en Internet.[50] Dado que al tiempo de interposición de la demanda los datos que se consideraban lesivos seguían difundiéndose en la página web, el plazo de ejercicio de la acción aún no había prescrito.

En atención a lo anterior, el enjuiciamiento se ciñe al análisis del tratamiento de los datos personales llevado a cabo por *El País* a través de la hemeroteca digital, al margen de la licitud y constitucionalidad de la noticia impresa. En su caso y de prosperar, el derecho al olvido debía operar únicamente sobre la edición digital.

En relación con esto, se ha de tener en cuenta que todo editor de una página web en la que se incluyen datos personales realiza un tratamiento automatizado de los mismos y por ello es *responsable* de respetar las exigencias de la normativa, en concreto las derivadas del principio de calidad de los datos. Esto se traduce en que los datos deben ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidad para los que se obtienen.[51] Garantizar la exactitud de los datos no es sólo un derecho del afectado por la noticia, sino también un derecho del ciudadano que debe recibir la información correcta y completa. En este punto, el factor tiempo reviste una importancia fundamental pues el tratamiento debe cumplir con los principios de calidad no sólo en el momento en el que se recogen los datos, sino durante todo el tiempo que dure. Un tratamiento inicialmente adecuado puede devenir excesivo para la finalidad inicial por el transcurso del tiempo, causando un daño desproporcionado en los derechos de la personalidad del afectado. Según la sentencia se impone la necesidad de *ponderar* para decidir sobre la licitud del tratamiento llevado a cabo por *El País*. Para hacerlo se tienen en cuenta los siguientes elementos:

a) La importancia que el TEDH atribuye a las hemerotecas digitales para la libertad de información, en cuanto instrumento de conservación y mantenimiento de las noticias

[50] En este sentido, explica la sentencia que, en sentencias anteriores, se habían calificado como *continuados* los daños causados por el tratamiento automatizado de daños personales contrario a su régimen, por lo que el plazo para su reclamación se iniciaba una vez que el perjudicado tenía conocimiento del cese del tratamiento.

[51] El TS no consideró que *El País* hubiera vulnerado la exigencia de veracidad en la publicación, por el hecho de que las personas afectadas hubieran obtenido la cancelación de los antecedentes penales derivados de la condena impuesta, pues el tratamiento de datos no era inveraz sino *inadecuado a la finalidad* para la que fueron recogidos y tratados inicialmente.

al hacerlas accesibles al público de forma fácil y generalmente gratuita, lo que las conforma como fuentes relevantes para la educación y la investigación histórica. No obstante, su función es secundaria en relación con la que cumple la prensa en una sociedad democrática cuando informa sobre sucesos actuales.

b) A la inversa, se hace posible que la información sea accesible a millones de usuarios durante tiempo indefinido, lo que conlleva el riesgo de provocar daños mayores a la vida privada.[52]

c) El interés público en que la información aparezca vinculada a los datos personales del afectado, para lo que habrá de valorarse, a su vez, la naturaleza pública o privada de la persona concernida y el paso del tiempo. Cuando se trata de personas públicas, el interés público puede justificar que una información veraz sobre hechos que afectan a su privacidad o reputación, aún sucedidos mucho tiempo atrás, esté vinculada a sus datos personales en un tratamiento automatizado como el que suponen las consultas a través de motores de búsqueda. Esto no ocurre si se trata de personas anónimas. Por otra parte, una vez publicada una noticia por el interés que supone su carácter actual, el tratamiento automatizado de los datos personales vinculado a esa información va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo, si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos carecen de interés histórico.

Teniendo en cuenta estos elementos, el Tribunal Supremo consideró que las personas demandantes carecían de relevancia pública y que los hechos objeto de la información carecían de interés histórico, en tanto que vinculados a esas personas, sobre todo porque habían transcurrido más de treinta años desde su inicial divulgación. De este modo, la publicidad general y permanente de su implicación en determinados hechos delictivos, que posibilitaba el tratamiento automatizado de sus datos personales realizado por *El País* en su hemeroteca digital, permitía su indexado y archivo en las bases de datos de los motores de búsqueda lo que supuso un daño desproporcionado para el honor de los demandantes. Se puede tratar de hechos veraces pero el paso del tiempo supone que el tratamiento de esos datos, vinculado a hechos pretéritos sea inadecuado, no pertinente y excesivo para la finalidad del tratamiento.

En este sentido, el llamado derecho al olvido digital ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales para evitar que una simple consulta en un *buscador generalista* de Internet, utilizando su nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, distorsionando gravemente la percepción que los demás tengan de su persona. Por ello, que *Ediciones El País* se negara a la cancelación del tratamiento de sus datos personales supuso una vulneración de su derecho a la protección de los mismos, que provocó una intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad.

Ahora bien, el Tribunal Supremo consideró improcedente modificar la información que aparecía en la hemeroteca explicando que es correcto impedir que los buscadores generales puedan acceder a la noticia a través del nombre y apellidos de la persona; sin embargo, la eliminación de sus nombres y apellidos del código fuente de la página web supone un sacrificio

[52]La STEDH de 10 octubre 2013 (Asunto *Delfi AS* c. Estonia, par. 92), en la que se estudia la responsabilidad de los portales de noticias por los contenidos difamatorios publicados por los lectores, afirma que la difusión en Internet y la posibilidad de que la información una vez publicada siga siendo pública y circule para siempre, exige precaución.

desproporcionado por excesivo del derecho a la libertad de información pues el derecho al olvido digital no puede suponer una censura retrospectiva de informaciones correctamente publicadas en su día. Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información, por ello las noticias pasadas no pueden ser objeto de cancelación o alteración.[53]

Por último, la sentencia también diferencia los buscadores generales de los internos, considerando que los primeros pueden generar daños graves y por eso determinada información debe resultar invisible para la audiencia general de sus usuarios; pero entiende que los segundos proporcionan menor accesibilidad a la información, carecen del impacto invasivo de los buscadores generales y por ello, deben mantenerse operativos para una audiencia más activa en la búsqueda de información que debe tener la posibilidad de acceder a las noticias en su integridad a través del sitio web de la hemeroteca digital.[54]

En atención a todo lo anterior, el Tribunal Supremo falló estableciendo la obligación para *El País* de instalar códigos o instrucciones en la página web que impidan la indexación y archivo de los datos personales de los demandantes en las bases de datos de los motores de búsqueda de Internet, indemnizar los daños causados como consecuencia de la intromisión ilegítima en el honor y la intimidad por el tratamiento de los datos personales sin respetar las exigencias derivadas del principio de calidad de los datos en lo relativo a la pertinencia, adecuación y proporción en relación con los fines para los que se hizo la recogida y tratamiento de los mismos y la prohibición de que en la publicación de cualquier noticia que se refiera a este proceso se incluyan datos que puedan identificar a los demandantes, tales como su nombre, apellidos o iniciales.

Frente a estos pronunciamientos, los demandantes recurren en amparo ante el Tribunal Constitucional. Consideran que la anterior sentencia de 15 de octubre de 2015 vulnera sus derechos al honor y a la intimidad pues a pesar de sostener que sus derechos habían sido lesionados por la difusión en Internet de una noticia antigua, se habían anulado las medidas de reparación acordadas en apelación que para ellos eran idóneas, necesarias y proporcionadas al fin de proteger los derechos vulnerados.

El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo apreciando que tiene una especial trascendencia constitucional pues plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que aún no existía doctrina, el derecho al olvido digital como posible proyección de los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal en relación con las hemerotecas digitales y su eventual consideración como uno de los ámbitos a través de los cuales se puede manifestar el ejercicio de las libertades informativas. El examen se concreta en dos aspectos que han de analizarse para valorar si se trata de medidas necesarias y proporcionadas para proteger los derechos fundamentales a la intimidad, el honor y la protección de los datos personales o si, por el contrario, suponían una injerencia excesiva y desproporcionada en el derecho a la libertad de información: 1. La prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de

[53] Destaca A.I. BERROCAL, *Estudio jurídico…, ob.cit,* 2019, p. 420, que el tratamiento de datos que se lleva a cabo en los medios de comunicación descansa en el ejercicio de la libertad de información del art. 20 CE, mientras que la actividad relativa a los buscadores generalistas se sustancia en el ejercicio de la libertad de empresa del art. 38 CE.
[54] El TS sigue en este punto las directrices sobre la ejecución de la sentencia del TJUE en el asunto *Google*, del Grupo de trabajo de protección de datos del art. 29. En su página 9, punto 18, se explica que los motores de búsqueda incluidos en las páginas web no producen los mismos efectos que los motores de búsqueda externos, pues solamente recuperan la información contenida en páginas web específicas y no establecen un perfil completo de la persona, por lo que los resultados no tendrán un impacto significativo sobre ella. Por consiguiente, como regla, el derecho a la exclusión de la lista de resultados no debe aplicarse a motores de búsqueda que tengan un campo de acción restringido, particularmente en el caso de herramientas de búsqueda de sitios web de diarios.

la hemeroteca digital. 2. La supresión de tales datos en el código fuente de la página web de *El País*.

Veamos cuáles son los fundamentos jurídicos que, en atención a lo expuesto y a los antecedentes fácticos concretos, utiliza el Tribunal Constitucional para argumentar y cimentar tan trascendental fallo.[55]

El Tribunal Constitucional se encuentra en la tesitura de ajustar la jurisprudencia vigente sobre la ponderación de los derechos en conflicto y para ello parte de una afirmación que condiciona todo el razonamiento posterior. Así, partimos de que la colisión se plantea entre, los derechos al honor, la intimidad y la protección de los datos personales, de un lado y de otro, el derecho a la libertad de información, sobre la base de que esta pugna adopta matices singulares que tienen que ver con: a) El modo en que la intimidad se ve expuesta con el uso de las nuevas tecnologías; b) La forma en que las herramientas informáticas desarrolladas para facilitar el acceso a la información, como los buscadores, afectan a los datos personales; c) El modo en que el transcurso del tiempo puede llegar a influir en el equilibrio entre estos derechos, y d) La intervención de los medios de comunicación, que también se sirven de las herramientas informáticas hoy disponibles, en el contexto de la garantía de las libertades informativas, dado que expanden su eficacia hacia atrás en el tiempo de modo muy complejo haciendo noticiables sucesos que no son actuales.

Define el derecho al olvido como una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática y como un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo. Por ello, el artículo 18.4 de la Constitución contiene un aval de los derechos a la intimidad y al honor frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos y garantiza un ámbito de protección específico y más idóneo que se traduce en el derecho a controlar los datos relativos a la propia persona.

Este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y, por tanto, como derecho fundamental supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia relativa a los límites de los derechos fundamentales. En este caso, se identifica la libertad de información como el derecho fundamental que podría actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales. No se trata únicamente de un derecho fundamental de cada persona, sino también, la garantía de la formación y existencia de una opinión pública libre, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático. Es uno de los pilares de una sociedad libre y plural. La garantía de las libertades informativas se vincula a la actividad de los medios de comunicación, debiendo integrarse en esta denominación la prensa escrita, la radio y la televisión, sea cual sea el soporte a través del cual se difunda su actividad periodística, como los medios de comunicación exclusivamente

[55] Antes de entrar en el fondo del asunto, los solicitantes de amparo pidieron la exclusión de sus datos personales de la sentencia para evitar su identificación. El tribunal accede y se utilizan únicamente sus iniciales, de acuerdo con el art. 86.3 LOTC y los arts. 2 y 3 del acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones judiciales. Es la especificidad del supuesto la que aconseja formular una excepción a la regla general de publicidad de las resoluciones, pues en este caso se debate sobre la repercusión en la reputación de hechos sucedidos hace tres décadas y en relación con personas que no tienen relevancia pública alguna; de modo que si la resolución se publica sin oscurecer los datos personales de los recurrentes, el efecto inmediato de la sentencia sería la actualización de dichos datos haciéndolos de nuevo noticiables, por lo que el otorgamiento de amparo, de producirse, no provocaría una real reparación de los derechos fundamentales cuya vulneración se alega.

digitales. Todos ellos desempeñan un papel innegable en orden a garantizar la plena eficacia del pluralismo, como valor superior del Ordenamiento jurídico.

En esta medida, la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18 de la Constitución, pero no con carácter absoluto, sino caso por caso, siempre que la información sea veraz y relevante para la formación de la opinión pública y su contenido se desenvuelva en el marco del interés general al que el asunto se refiere. En igual sentido, y por la conexión que existe entre los apartados primero y cuarto del artículo 18, se puede decir que también el derecho a la autodeterminación de datos personales, el derecho a la supresión de esos datos de una base informatizada gestionada por un medio de comunicación, el derecho al olvido respecto de las hemerotecas, en suma, pueden ceder frente a la libertad de información en determinados supuestos. Para identificarlos se debe partir del canon habitual que emplea nuestra jurisprudencia para dirimir la colisión entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad, pero se deben añadir dos variables:

1. El valor del paso del tiempo a la hora de calibrar el impacto de la difusión de la noticia sobre el derecho a la intimidad del titular del derecho.

La relevancia pública de una información viene determinada tanto por la materia de la misma como por la condición de la persona a que se refiere, pero añade ahora el Tribunal Constitucional, que el carácter noticiable tiene también que ver con la actualidad de la noticia; esto es, con su conexión más o menos inmediata con el tiempo presente. Así, una noticia antigua puede tener un interés histórico, estadístico o científico, pero no informativo, ni de interés público. Por esta razón, se puede poner en duda en estos casos, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad de una persona. Si además la noticia en cuestión ha sido digitalizada y se contiene en una hemeroteca, la afectación del derecho a la intimidad viene acompañada del menoscabo del derecho a la autodeterminación informativa.

2. La importancia de la digitalización de los documentos informativos.

La universalización del acceso a las hemerotecas tiene un efecto expansivo sobre la capacidad de los medios de comunicación para garantizar la formación de una opinión pública libre; garantiza también que los medios de comunicación puedan jugar un papel indispensable como *cuarto poder*, pero en un sentido negativo también supone un incremento del impacto sobre los derechos fundamentales de las personas que protagonizan las noticias incluidas en las hemerotecas. Siendo esto así, entran en conflicto el derecho de los internautas a acceder a la información disponible en la red y el derecho de los medios a facilitar dicha información, con los derechos de la persona citada en la noticia a su intimidad y protección de datos personales. De nuevo hay que hacer un ejercicio de ponderación en esta necesidad de equilibrio entre las libertades informativas y el derecho a la autodeterminación informativa y es en este ámbito donde hay que tener en cuenta el efecto del paso del tiempo sobre la función que desempeñan los medios de comunicación y sobre la doble dimensión, estrictamente informativa o fundamentalmente investigadora, de dicha función.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional resuelve el asunto estimando parcialmente el recurso y concluye con los siguientes argumentos:

a) La relevancia pública de la información puede ser cuestionada. Se trata de una noticia antigua traída al momento presente por su puesta a disposición en la

hemeroteca digital. La materia de la noticia fue y sigue siendo de gran interés al abordar el tema de la drogadicción y el tráfico de estupefacientes y eso confiere un interés objetivo a la información;[56] sin embargo, los recurrentes en amparo ni eran ni son personajes públicos, no resulta pues indiferente que se revelen sobre ellos datos que inciden muy directamente sobre su honor y su intimidad.

b) Se relatan hechos pasados sin ninguna incidencia en el presente. No es una noticia nueva sobre hechos actuales ni una noticia nueva sobre hechos del pasado. Su difusión actual en poco contribuye al debate público, pues han pasado más de treinta años. Carece de toda relevancia para la formación de la opinión pública.[57]

c) El daño que la difusión actual de una noticia añeja produce en los derechos al honor, la intimidad y la protección de datos personales reviste particular gravedad y es desproporcionado frente al escaso interés actual que la noticia suscita. Se ha de recordar el valor de las hemerotecas digitales en el contexto de la actual sociedad de la información y al mismo tiempo el efecto expansivo que el daño puede generar en los derechos al honor, la intimidad y la protección de los datos personales.

d) Cuando se hace la ponderación, uno de los derechos fundamentales será considerado prevalente, pero el preterido nunca puede quedar vacío de contenido, sino que debe ser sacrificado sólo en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar la efectividad del otro.

En atención a todo lo expuesto, considera que la prohibición de indexar los datos personales, en concreto los nombres y apellidos para su uso por el motor de búsqueda interno de *El País* debe ser considerado una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada para evitar la difusión de una noticia lesiva de los derechos invocados.[58] Es *necesaria* porque sólo su adopción limitará la búsqueda y localización de la noticia en la hemeroteca digital sobre la base de datos personales inequívocamente identificativos de las personas recurrentes. Es *idónea* porque los motores de búsqueda internos cumplen la función de permitir el hallazgo y la divulgación de la noticia, función que queda garantizada porque se podrá acceder a ella, si existe una finalidad investigadora, mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de otra índole. Lo que se evita es hacer un seguimiento *ad personam* del pasado de un determinado individuo sin ninguna proyección pública a través de una herramienta cuya finalidad no es otra que garantizar la formación de una opinión plural, no satisfacer la curiosidad individual y focalizada.

Sin embargo, no merece la misma valoración la medida consistente en la supresión del nombre y apellidos o la sustitución de éstos por sus iniciales en el código fuente de la página web que contiene la noticia, pues una vez impedido el acceso a la misma a través de la desindexación basada en el nombre y apellidos, la alteración del contenido de la noticia no resulta necesaria para satisfacer los derechos invocados, pues la difusión de la misma ha quedado reducida cuantitativa y cualitativamente. La limitación de su difusión se consigue

[56] Es doctrina del TC que la información sobre sucesos con relevancia penal es de interés general y tiene relevancia pública con independencia de la condición de sujeto privado de la persona afectada por la noticia. La STS de 16 noviembre 2024 (2024, 1775), rechazó la solicitud de un ciudadano de borrar de Google los resultados y URLs de una sentencia que afectaba a su hija (mencionada con iniciales) al considerar que, en este caso, prevalecía el deber de publicidad de las resoluciones judiciales.

[57] La STS de 4 marzo 2024 (2024, 1401), rechazó el ejercicio del derecho al olvido justificándolo en el gran interés público de la información y su difusión.

[58] La STS Sala CA, de 27 noviembre 2020 (RJ 1624/2020), reconoce el derecho de eliminar de un motor de búsqueda en Internet contenidos localizados a partir de los dos apellidos (sin incluir el nombre).

sin necesidad de acordar la anonimización de los datos, lo que supondría una injerencia mayor en la libertad de prensa. No sería, por lo tanto, una medida *proporcionada*.

6. BIBLIOGRAFÍA.

J. ÁLVAREZ, *El derecho al olvido digital. Debilidades y fortalezas de un derecho fundamental de nueva generación.* Aranzadi, 2023. Navarra.

M. ÁLVAREZ, *Derecho al olvido en Internet: El nuevo paradigma de la privacidad en la era digital.* Reus, 2015, Madrid.

J. APARICIO, "Derechos del interesado (artículos 12-19 RGPD y artículos 11-16 LOPDGDD)". *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*. LÓPEZ CALVO (Coord). Bosch, 2019, Barcelona.

A.I, BERROCAL, *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Análisis conjunto del Reglamento UE 2016/679 y de la LO 3/2018*. Reus, 2019, Madrid.

M.E. COBAS, "Derecho al olvido: de la STJUE de 2014 al Reglamento de protección de datos". *Actualidad Civil*, 2017, núm. 1, pp.1-24.

E. GUICHOT, "El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el Derecho europeo y español". *Revista de Administración pública*, 2019, núm. 209, pp.45-92.

V. MADRONA, "La libertad de información frente a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen". *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*. Aranzadi, 2018, Navarra.

L.J. MIERES, *El derecho al olvido digital*. Documento de trabajo 186/2014. Fundación Alternativa, 2014.
Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org

C. PAUNER, "Implicaciones del futuro Reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información". *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Dykinson, 2014, Madrid.

R. PAZOS, "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible? *Revista para el análisis del Derecho*. 2015, enero, pp. 1-50.

P. SIMÓN, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Bosch, 2015, Barcelona.

TAKING PUNITIVE DAMAGES SERIOUSLY ONCE AGAIN

Sergio García Long
Profesor de Derecho Civil y Comercial
Pontificia Universidad Católica del Perú
Corresponsal de UNIDROIT

Fecha de recepción: 11/06/2024
Fecha de aceptación: 15/07/2024

RESUMEN: La tecnología e inteligencia artificial (IA) demuestra que en ciertas circunstancias los remedios tradicionales, enfocados en la compensación dineraria, son insuficientes. Ante ello, es necesario otros remedios como los daños punitivos, para lograr una disuasión general e incluso el castigo. En este ensayo, la discusión se enfoca en cómo el legislador podría incluir los daños punitivos en una jurisdicción del Civil Law (qué, cuándo, cómo y a quién). Entonces, se retoma el debate en torno a los daños punitivos enfocado en el problema más disruptivo de la actualidad.

ABSTRACT: Technology and artificial intelligence (AI) demonstrate that in certain circumstances traditional remedies, focused on monetary compensation, are insufficient. In view of this, other remedies such as punitive damages are necessary to achieve general deterrence and even punishment. In this essay, the discussion focuses on how legislators could include punitive damages in a Civil Law jurisdiction (what, when, how, and to whom). The debate on punitive damages is then revisited, focusing on the most disruptive problem of today.

PALABRAS CAVE: Tecnología, inteligencia artificial, remedios, daños punitivos

KEYWORDS: Technology, artificial intelligence, remedies, punitive damages

SUMARIO: 1. Introduction. 2. AI wrongs. 3. What are punitive damages? Its nature. 4. When? Cases to be awarded. 5. How? Its assessment. 6. To whom? The beneficiary. 7. Concluding remarks.

1. INTRODUCTION

The debate on punitive damages[1] is an old one that divides Civil Law and Common Law, at least in principle[2]. Civil law contrasts compensation and punishment while keeping a strict division between private and criminal law. Therefore, punitive damages are seen as alien to Civil Law jurisdictions, unlike the Common Law where tort law can punish and assist criminal law[3]. However, this contrast is now outdated.

The current debate focuses on the enforcement of foreign –usually American–judgments by European courts, which have welcomed the enforcement of punitive damages in their territories even though they themselves cannot award punitive damages under national law[4]. In other words, although European courts cannot award punitive damages because of the absence of a legal basis in their domestic law, they grant exequatur and, consequently, enforce foreign punitive damages awards in their territories under private international law.

The above shows a contradiction of perspectives between the legislator and the judiciary. While the legislator has been outdated by not codifying punitive damages, the judge keeps the law alive in practice, and in the field of tort law, it has meant that punitive damages are welcome in Civil Law territories.

Returning to the previous debate is important in the context of technological disruption and artificial intelligence (AI), the hot topic of the moment. One of the most discussed issues is how to adapt private law to the new technological challenges. One specific concern is the adequacy of private law remedies. For example, how do the traditional rules of civil liability apply to accidents arising from autonomous vehicles or ships? Is it necessary to reformulate product liability to

---

[1] It is worth noting that 'punitive damages' is the American term whereas in English law 'exemplary damages' is used. Despite this difference in terminology, they are used interchangeably in comparative law. See D. SHELTON, "Punitive and exemplary damages" in *Remedies in international human rights law*, 2nd edn, Oxford University Press, 2006, p. 354-367.

[2] See P. GALLO, "Punitive damages in Italy?" in *A l'Europe du Troisième Millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi. Troisième Volume*, Milan, Giuffrè, 2004, p. 1424-1443; U. MAGNUS, "Why is US Tort Law so Different?", *Journal of European Tort Law*, Vol. 1, No. 1, 2010, p. 102-124; H. KOZIOL, "Punitive Damages – A European Perspective", *Louisiana Law Review*, Vol. 68, No. 3, 2008, p. 741-764; J. FEDTKE, "The Changing Nature of U.S. (Common?) Tort Law" in P. MANKOWSKI and W. WURMNEST (eds), *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, München, Sellier European Law Publishers, 2014, p. 3-19.

[3] On this debate, see the main studies on comparative law in J. Y. GOTANDA, "Punitive damages: A comparative analysis", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, No. 2, 2004, p. 391-444; F. BENATTI, *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*, Milan, Giuffrè, 2008; H. KOZIOL and V. WILCOX (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, Springer, 2009 (which have national reports from all over the world); L. MEURKENS and E. NORDIN (eds), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?* Intersentia, 2012; R. C. MEURKENS, *Punitive Damages – The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Wolter Kluwer Business, 2014; S. GARCÍA LONG, *La función punitiva en el derecho privado*, Lima, Instituto Pacífico and PUCP, 2019; S. ROWAN, "Punitive damages" in J. M. SMITS, J. HUSA, C. VALCKE and M. NARCISO (eds), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 1*, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 270-277.

[4] On this area of study, see C. VANLEENHOVE, *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, Intersentia, 2016; M. KOMUCZKY, "Punitive damages and public policy in the EU", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 19, 2017-2018, p. 509-529; M. V. SALADINO, "The Enforcement of Punitive Damages Awards Between United States and Europe: An Introduction for U.S. Practitioners", *The International Lawyer*, Vol. 52, No. 3, 2019, p. 469-489; S. BARIATTI, L. FUMAGALLI and Z. C. REGHIZZI (eds), *Punitive damages and private international law: state of the art and future developments*, Wolters Kluwer & CEDAM, 2019; C. VANLEENHOVE, "The Hague Judgments Convention versus National Regimes of Recognition and Enforcement: A Comparison between the Convention and the Belgian Code of Private International Law", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol. 2023, No. 03, 2023, p. 385-399; C. VANLEENHOVE and L. MEURKENS (eds), *The Recognition and Enforcement of Punitive Damages Judgments Across the Globe: Insights from Various Continents*, Eleven International Publishing, 2023.

make it applicable to digital products? Generally speaking, does the traditional approach to remedies under private law work?

In a recent research of mine,[5] I have tried to respond to the above with the proposal of a theoretical framework, where I explain that the traditional model of remedies under private law is inadequate because –among other reasons– it is limited to financial redress. I explain that deterrence and punishment, through punitive damages, is necessary in the face of AI wrongs. So, we go back to a known debate to apply it to a new situation. Therefore, the issue of punitive damages becomes important, to be taken seriously once again.

The debate on punitive damages has a very practical reason: they are necessary to deter and punish undesired conduct, which should not be repeated in the future, neither by the tortfeasor nor by any other. While it is now quite clear that compensatory damages have lost all battles, what remains unclear are four fundamental features on how to legislate punitive damages: (a) its legal nature, (b) in which cases they should be awarded, (c) how to be assessed, and (d) in whose favour they should be paid.

In this opportunity, I focus on that particular point. It would be of little use to take up the debate on punitive damages for AI wrongs, if the recipe for how punitive damages could be legislated is omitted, as is often the case. This guidance is needed to know how to successfully transplant punitive damages into Civil Law, rather than just revisiting the debate in comparative law, which is already well known. Once those four features are clarified, the way is paved for enacting a law with punitive damages or incorporating them into the Civil Code. Therefore, this essay attempts to make those clarifications to know what to do with punitive damages in Civil Law jurisdictions, i.e., how they should be incorporated into national law, which are now more necessary than ever in the face of AI wrongs.

Section II of this essay explains AI wrongs and the inadequacy of private law remedies. Section III discusses the private, public or hybrid legal nature of punitive damages. Section IV deals with the cases that justify awarding punitive damages. Section V explains the methods of assessment for punitive damages. Section VI focuses on the beneficiary of payment. Section VII concludes.

2. AI WRONGS

Technological disruption leads to discontent in the law regarding the limited remedies that are available under private law. The model assumes that the function of law is to correct wrongs by compensating individuals who are harmed thereby, therefore, the model is based on individual claimants and financial redress. Sometimes that models can work pretty well.

[5] S. GARCIA LONG, "Law of private remedies in the governance of AI" in R. BROWNSWORD and L. DIMATTEO (eds), *The Cambridge Handbook of the Governance of Technology: Discontent, Disconnect and Disruption*, Cambridge University Press, 2025 (forthcoming). This theoretical framework, in turn, has been the starting point to delve into specific topics, among them, the use of restitution and unjustified enrichment for the protection of personal data, the use of psychology and history to justify the deterrence theory of punitive damages under modern private law theory, the legislation of punitive damages in Civil Law, among others. See S. GARCIA LONG, "EU data protection law and unjustified enrichment: has the time come for restitution?", *Archivio di Diritto Civile*, No. 1, 2025, p. 111-126; "The role of punishment and revenge in modern private law" (forthcoming); "Taking punitive damages seriously once again" (forthcoming here).

In relation to tort law, compensation can work well in robot liability, for instance. There, technology creates complications in law to determine the concept of "product", "defect", "producer", "consumer", among others with regard to –for example– autonomous vehicles.[6] However, once a responsible party is found after an accident[7] whether through a risk management or strict liability approach, a private remedy can fulfil its function without major inconvenience. There will be a victim who suffered material or immaterial damage, and the respective compensation must be paid to put the person in the situation s/he would have been in if the damage had not occurred. Tort law is even supplement by the insurance system. There, compensatory damages are still useful.

However, the private law model can also fall short before new technologies. The use of AI can affect in a single act a large number of people and not just an individual person, and not all offences can be cured through money. It is necessary to rethink private remedies in the face of AI wrongs to make law effective. In general, as I have proposed in my theoretical framework, the dogma of compensation has to be overcome, a social perspective on remedies should prevail over a private one and non-pecuniary measures have to be implemented to make available effective remedies for AI wrongs[8].

Where private remedies are not enough? For instance, there is still doubts on how to provide relief for material and immaterial damage under article 82 GDPR[9] (General Data Protection Regulation),[10] especially since the EU's Artificial Intelligence (AI) Act[11] only refers back to the GDPR on the matter.[12] A new problem is the use by companies of algorithms to process people's personal data and classify them according to different purposes such as employability, tendency to commit crimes, credit risk, among others. While the initial purpose would be to facilitate counselling, decision-making and the prosecution of crime, this could lead to misuse that could generate discrimination, prejudice and serious human rights violations.[13]

---

[6] For this discussion, see J.-S. BORGHETTI, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?", *La Revue des Juristes de Sciences Po*, Vol. 17, 2019, p. 94 ss; G. WAGNER, "Robot liability" in S. LOHSSE, R. SCHULZE and D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for artificial intelligence and the internet of things*, Baden, Nomos, 2019, p. 25 ss; R. JANAL, "Extra-contractual liability for wrongs committed by autonomous systems" in M. EBERS and S. NAVAS (eds.), *Algorithms and Law*, Cambridge University Press, 2020, p. 174 ss; M. L. KUBICA, "Autonomous vehicles and liability law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 70, 2022, p. i39 ss; J. GOUDKAMP, "Automated Vehicle Liability and AI" in E. LIM and P. MORGAN (eds.), *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, 2024, p. 172 ss.

[7] Recall the case of Elaine Herzberg, 49, who was hit and killed by an Uber autonomous vehicle in the United States. See BBC, "Uber's self-driving operator charged over fatal crash" available at https://www.bbc.com/news/technology-54175359, last accessed 17.09.24.

[8] See GARCÍA LONG, "Law of private remedies in the governance of AI", ob. cit.

[9] See S. MULDERS, "The relationship between the principle of effectiveness under Art. 47 CFR and the concept of damages under Art. 82 GDPR", *International Data Privacy Law*, Vol. 13, 2003, p. 169 ss.

[10] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

[11] Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act), Brussels, 14 May 2024 (OR. en) PE-CONS 24/24.

[12] See recital 5 and 29 of the AI Act.

[13] See the discussion in F. J. ZUIDERVEEN BORGESIUS, "Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 24, 2019, p. 1572 ss; K. CHAŁUBIŃSKA-JENTKIEWICZ and M. NOWIKOWSKA, "Artificial Intelligence v. Personal Data", *Polish Political Science Yearbook,* Vol. 51, 2022, p. 183; M. VAN BEKKUM and F. ZUIDERVEEN BORGESIUS, "Using sensitive data to prevent discrimination by artificial intelligence: Does the GDPR need a new exception?", *Computer Law & Security*

A relevant reason why data protection law is still inadequate is because the problem is still viewed from the traditional private model. Wrongs by infringements of data protection regulation and privacy rights raise new challenges that demand –for instance– restitution and unjustified enrichment to achieve an effective solution, even with gain-based remedies that go beyond unjustified enrichment and come close to deterrence and punishment, i.e. punitive damages. It shows that there are cases where traditional remedies are not adequate and may leave people dissatisfied. In the face of that, the law needs to rethink the availability of remedies for AI wrongs.

First, not everything can be corrected through compensation. Money was considered to be the ultimate measure of value, and if something can be valued in money, it could replace any asset. In the context of wrongs, it assumes that a victim will be happy if s/he receives a monetary sum. It was even considered that money could repair immaterial damages. At the time, it generated a crisis in tort law due to the high awards without justification for moral damages, pain and suffering, loss of amenity, among other non-pecuniary harms. It was questioned whether money was really fulfilling a compensatory function.

Also, it is usual for private law –as its name implies– to be seen from an individual and bilateral perspective involving the plaintiff and the defendant, where the wrongdoer makes reparation as required by corrective justice.[14] From this perspective, tort law is an interpersonal relationship and not an instrument to fulfill public or social functions. Certainly, it is a controversial issue, especially in the field of tort law which is often complemented by the insurance system.[15] Unlike other fields such as contract law or unjustified enrichment, tort law is an area where important developments in favour of a social vision can be found, which serves as a guide to develop a systematic perspective on the law of remedies in the context of AI wrongs involving a mass of people.

Surely an underdeveloped topic in private law and technology is the availability of punitive damages. Sometimes new problems do not require new remedies, but rather the recovery and reassessment of those –sometimes– forgotten or neglected that can be useful in the face of technological disruptions in law. One group of cases to assess would be those to enforce personality rights against AI wrongs. It would be valuable given the ease of affecting fundamental rights at the click of a button. Punitive damages could serve as a deterrent and punishment to such infringing behaviour, and above all, to allow AI companies to internalise the full social cost.

Above all, as I have already noted, the debate surrounding punitive damages is already well known, and at present, there is little doubt about the benefits of punitive damages. Therefore, what is appropriate now is to focus on a fundamental aspect, but usually neglected by comparativists, which consists in explaining how punitive damages could be legislated in Civil

Review, Vol. 48, 2022, p. 1 ss; A. R. LODDER and T. H.A. WISMAN, "Computer says no to my upload? Article 17 on filtering and the GDPR prohibition of automated decision-making" in M. BORGHI and R. BROWNSWORD (eds), *Law, Regulation and Governance in the Information Society. Informational Rights and Informational Wrongs*, Routledge, 2023, p. 87 ss.

[14] E. WEINRIB, *The Idea of Private Law,* Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 56-57.

[15] D. M. PAPAYANNIS, "The morality of compensation through tort law", *Ratio Juris*, Vol. 36, 2023, p. 3-5.

Law jurisdictions. Therefore, different features to be considered when legislating punitive damages are discussed below.

3. WHAT ARE PUNITIVE DAMAGES? ITS NATURE

Two issues should be studied at the outset: (a) the nature of penalties, and (b) the rules applicable to penalties.

First, penalties can be private, public or hybrid. One criterion for determining such a nature depends on the interests involved and to whom the penalty is paid.[16] If only private interests are sought to be protected, the penalty will be private, while if public interests are involved, the penalty will be public. Finally, it will be hybrid if features of both are mixed.

For instance, there are Civil Codes that allow for a penalty clause as a private penalty. As its name indicates, it is a punitive institution, although it does not necessarily have to be so (which depends on the law of each jurisdiction). In principle, the parties can agree on the amount of money that one party must pay to the other in the event of breach of contract. The purpose of the contractual provision is to reinforce one party's interest in performance. The parties have the possibility to agree on a monetary amount that mimics the amount that a judge would award for damages, or they could agree on a lower and, above all, a higher amount. If a high penalty is agreed, it is clear that this is done to protect a private interest, that of the party who expects performance. As such, the amount of the private penalty is paid in favour of the affected party, the one who did not breach the contract, as a way of protecting its interest.

On the other hand, a fine is a good example of a public penalty. For instance, in Peru, INDECOPI[17] has the power to impose monetary sanctions for infringement of the Consumer Code at the request of consumers. As a social interest is protected, its nature is public, and therefore, INDECOPI is the recipient of the payment thereof. Fines are not paid in favour of the consumer who requests them.

For the moment, the division between private and public penalty seems clear, however, situations such as punitive damages create a grey area where hybrid penalties are found. In principle, it is the plaintiff who asks the judge to award compensation, but also to award punitive damages as penalty. Punitive damages would be awarded at the victim's request and would be paid in his or her favour, thus, their nature would be thought to be exclusively private.

However, punitive damages have a deterrent function that goes beyond the victim to have a general deterrent effect. Punitive damages are of little use if they only aim to punish the offender and only to deter the offender. In the very name 'exemplary damages' (which implies setting an example) the intention of such a pecuniary penalty is to serve as an example of good conduct for society as a whole. What is sought is to impose a penalty through a private process that also

[16] On this discussion, see generally B. KUKLIN, "Punishment: The Civil Perspective of Punitive Damages", *Cleveland State Law Review*, Vol. 37, 1989, p. 1-118; D. G. OWEN, "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform", *Villanova Law Review*, Vol. 39, No. 2, 2004, p. 363-413; A. M. POLINSKY and S. SHAVELL, "Punitive damages: an economic analysis", *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 4, 1998, p. 869-962; T. B. COLBY, "Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs", *Minnesota Law Review*, Vol. 87, 2003, p. 583-678; M. CAPPELLETTI, "Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison between the United States and Italy", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 32, No. 3, 2015, p. 799-848.

[17] National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property (*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*).

serves a public function. This public side of punitive damages is quite well known and admitted nowadays.[18] Thus, punitive damages are considered to have a hybrid nature. The above would be most evident in criminal proceedings where civil damages are sought. If it is possible to award punitive damages in a criminal case, the penalty would be awarded through public law proceedings before a criminal judge.

Secondly, the principles applicable to penalties, including punitive damages, need to be clarified.[19] As punitive damages are hybrid penalties, it could give rise to additional concerns. Public law, through criminal and administrative law, has a monopoly on punishment, and as such, there are constitutional principles that apply to all penalties of a public nature, including: (1) *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (the punishable conduct and sanction itself need to be stated by law, (2) proportionality of the penalty, and (3) *non bis in idem* (prohibition of duplicity of penalties).

While the application of such principles to criminal sanctions is clear, their application to private or hybrid sanctions is disputed. For instance, punitive damages were challenged for unconstitutionality before the Supreme Court of the United States of America. The legal basis for it was the Excessive Fines Clause, but it was decided that this principle was only applicable to public sanctions. Therefore, the Due Process Clause was raised to question the proportionality of high monetary amounts for punitive damages, and in that case, it was successful. In retrospect, and being a well-studied topic, the Excessive Fines Clause could have been sufficient to challenge punitive damages because of their hybrid nature, but at the time there was still debate about it.[20]

One might think that a private or hybrid penalty would be exempt from constitutional principles, however, that is not the case. To begin with, punitive damages can only be awarded by law, i.e., that defines in which cases it can be awarded and how the sanction is assessed. In addition, proportionality also applies. For instance, it is common that the penalty clause is subject to a judicial control that operates *ex post*. It represents a reconfirmation of its punitive nature in Civil Law jurisdictions, meaning that all sanctions, even private ones, must comply with proportionality. If any kind of abuse is observed, a judge will enforce proportionality by reducing the penalty based on equity.[21] The same rule applies to punitive damages, which have a private as well as a public side. Also, since punitive damages cannot be disproportionate, when awarding or defining their quantification, it should be taken into consideration whether the defendant has already been sanctioned in other instances, such as criminal or administrative, to avoid being

[18] On the public or hybrid roles of punitive damages, see T. KOENIG and M. RUSTAD, ""Crimtorts" as Corporate Just Deserts", *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 31, No. 2, 1998, p. 289-352; C. M. SHARKEY, "Punitive Damages as Societal Damages", *The Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 2, 2003, p. 347-453; D. MARKEL, "How should punitive damages work?", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157, 2009, p. 1383-1484.

[19] It has been widely discussed in American doctrine. See B. C. ZIPURSKY, "Theory of punitive damages", *Texas Law Review*, Vol. 84, 2005, p. 105-171; M. A. GEISTFELD, "Punitive damages, retribution, and due process", *Southern California Law Review*, Vol. 81, 2008, p. 263-309; L. M. ROMERO, "Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits", *Connecticut Law Review,* Vol. 41, 2008, p. 109-160.

[20] See the development in GARCÍA LONG, *La función punitiva en el derecho privado*, ob. cit.

[21] It is worth remembering that a different perspective is kept in American law, which only considers as valid clauses of liquidated damages but not of penalties (*in terrorem*). The same idea was kept for a long time in English law, although it has changed by case law and now penalties are valid as long as it is to protect a legitimate interest. On that discussion in American and English law, see H. BEALE, "English contract law: legitimate deterrence and penalty clauses", *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht*, Vol. 2, 2017, p. 68-73; L. A. DIMATTEO, "Civil-Common Law Divergence on Penalties: Is it a thing of the past?", *Liverpool Law Review*, Vol. 43, 2022, p. 421-449; R. HALSON, "The Critical Reception of *Cavendish Square Holdings v Makdessi*" in Edwin Peel and Rebecca Probert (eds), *Shaping the Law of Obligations. Essays in Honour of Professor Ewan McKendrick KC*, Oxford University Press, 2023, p. 193-208.

sanctioned in different venues for the same offence or being subjected to an excessive penalty in total. This is a well-known rule in comparative law.

Then, when it comes to a penalty such as punitive damages, which are awarded in private proceedings to protect private and public interests, the constitutional principles applicable to all sanctions, including those of a hybrid nature, must be respected.

4. WHEN? CASES TO BE AWARDED

There are two models that can be taken as a reference to define how to award punitive damages.

On the one hand, American law[22] has a tradition of awarding punitive damages at the discretion of the jury or court that will hear the case. It does not mean that punitive damages can be awarded in every situation. A high threshold will need to be met in relation to the gravity of the conduct or situation of harm. For instance, one speaks of cases of 'malice', 'contempt', 'disregard for the rights of others', among other qualifiers. Under that model, the jury or court must evaluate the specific case to determine whether awarding punitive damages is justified. It is a case-by-case analysis. Despite the uncertainty, it is considered that uncertainty is where the power of punitive damages lies. It is their unpredictability that causes fear in potential offenders.

On the other hand, in English law[23] according to *Rookes v. Barnard*,[24] exemplary damages are applicable to cases of: (1) abuse by public officials, (2) when a tort is committed to obtain an unlawful benefit, and (3) in other cases stated by law. This model has the advantage of defining *ex ante* the situations that deserve the protection of exemplary damages.[25]

In Civil Law jurisdictions, where there is still a certain phobia of punitive damages due to their unpredictability and high amounts, the English model may be seen as preferable to the American one. Perhaps Civil Law is not yet ready to give a broad power to judges to decide in which cases

[22] On punitive damages in the United States of America, see P. S. RYAN, "Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 10, 2003, p. 69-93; J. M. BEERMANN, "Punitive Damages in the United States", *DAJV Newsletter*, Vol. 32, No. 3, 2007, p. 140-144; A. J. SEBOK, "Punitive Damages in the United States" in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, Springer, 2009, p. 155-196.

[23] On punitive damages in England, see A. TETTENBORN, "Punitive damages – A view from England", *San Diego Law Review*, Vol. 41, No. 4, 2004, p. 1551-1574; V. WILCOX, "Punitive Damages in England" in H. KOZIOL and V. WILCOX (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, Springer, 2009, p. 7-53. Also see J. TALIADOROS, "The roots of punitive damages at Common Law: a longer history", *Cleveland State Law Review*, Vol. 64, No. 2, 2016, p. 251-302.

[24] *Rookes v Barnard* [1964] UKHL 1. For an account of the main Common Law cases, including the English ones, see J. GOUDKAMP and E. KATSAMPOUKA (eds), *Landmark cases in the law of punitive damages,* Hart Publishing, 2023, where it comments from the old English cases *Huckle v Money* and *Wilkes v Wood*, both from 1763, to modern cases, English and from other Common Law jurisdictions such as Australia, Canada, New Zealand, Singapore and the United States of America, as well as cases from Europe related to the exequatur of foreign awards with punitive damages.

[25] A related issue in English law –and which makes the picture more complicated– is aggravated damages, which for a civil lawyer would be like (punitive) moral damages. There is debate as to its compensatory or punitive nature. At the time, the Law Commission issued the "Aggravated, Exemplary and Restitutionary Report (1997)", however, it did not close the issue. On that discussion over the years, see P. JAFFEY, "The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages", *The Modern Law Review*, Vol. 61, No. 6, 1998, p. 860-869; A. BEEVER, "The Structure of Aggravated and Exemplary Damages", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1, 2003, p. 87-110; M. TILBURY, "Aggravated damages", *Current Legal Problems*, Vol. 71, No. 1, 2018, p. 215-244.

punitive damages should be awarded. More compatible with the Civil Law tradition would be for the legislator to define in advance the harms that should be deterred and punished.

For instance, recently the Civil Code of the People's Republic of China legislated punitive damages for environmental, consumer and intellectual property law infringements[26]. Article 179 lists the legal consequences of tort law, among which punitive damages are included. Section 1185 allows punitive damages for intellectual property infringement where the conduct is wilful and the circumstances are serious. Section 1207 allows punitive damages for harm caused by a defective product when the manufacturer or seller knew of the defect, failed to take the necessary precautionary measures, and death or serious injury resulted. Finally, article 1232 recognises punitive damages for environmental damage when there was intentional conduct for the pollution or destruction of the ecosystem and serious consequences resulted.[27]

The Chinese model is interesting because it shows how punitive damages can be welcomed in a Civil Law jurisdiction under a case-specific model, which considers situations that have been discussed in comparative law as requiring special protection. Usually, that protection is required in cases where proof of the damage is inherently difficult, the damage is physically irreparable, compensatory damages are perceived as insufficient or there are other interests to protect. For example, environmental harm is deemed as irreparable, consumer infringement is often committed intentionally by companies to save costs and make a profit, while proving damage to an intangible asset such as intellectual property is complicated.

5. HOW? ITS ASSESSMENT

One of the features that most attracted the attention of civil lawyers, and where the rejection of punitive damages is usually focused, is their assessment. It was common to talk about punitive damages on its ratio with compensatory damages. While common sense might suggest ratios of 1:2, the reality was that in practice ratios of 1:300, for instance, were awarded. It meant that an American jury or court could award $100,000 in compensatory damages and additionally $30'000,000 in punitive damages. It was therefore customary to call punitive damages a blockbuster or jackpot. Thus, the rejection of punitive damages was reasonable.[28]

However, over time, the boundaries of the quantification of punitive damages have been defined,[29] especially by virtue of the principle of proportionality and the prohibition of multiple penalties. Otherwise, if punitive damages are stated by law but nothing is said about their quantification methods, it will be defined freely –albeit in a reasoned manner– by jury or courts,

[26] On punitive damages in China, see A. JANSSEN and J. WANG, "Punitive Damages Under the New Chinese Civil Code – A Critical and Comparative Analysis", *Asia Pacific Law Review*, Vol. 29, No. 2, 2021, p. 346-365; X. ZHANG and Y. WANG, "Punitive damages in consumer public interest litigation in China: an empirical study", *Humanities and Social Sciences Communications*, Vol. 10, 2023, p. 1-14; R. AN, Y. ZHOU and R. ZHANG, "The development, shortcomings and future improvement of punitive damages for environmental torts in China – A reflection and comparative research", *Humanities and Social Sciences Communications*, Vol, 11, 2024, p. 1-12.

[27] See English translation in L. CHEN, J. GE, J. HE, Q. LIU, Z. WU and B. XIONG (eds), *The Civil Code of the People's Republic of China. English translation*, Brill Nijhoff, 2021.

[28] See discussion in W. K. VISCUSI, "The blockbuster punitive damages awards", *Emory Law Journal*, Vol. 53, 2004, p. 1405-1455; B. I. HUANG, "Surprisingly punitive damages", *Virginia Law Review*, Vol. 100, 2014, p. 1027-1059.

[29] See A. F. DEL ROSSI and W. K. VISCUSI, "The Changing Landscape of Blockbuster Punitive Damages Awards", *American Law and Economics Review*, Vol. 12, No. 1, 2010, p. 116-161; B. J. MCMICHAEL and W. K. VISCUSI, "Taming blockbuster punitive damages award", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2019, No. 1, 2019, p. 171-221.

as if they were calculating the amount of compensation damages in the absence of legal quantification criteria.

In the first place, legislation could define factors or criteria to be taken into account for the assessment of punitive damages, in the same way as they are usually defined for the quantification of compensatory damages. Among the most common factors are: (a) the seriousness of the infringing conduct, (b) the severity of the harm, (c) recidivism, and (d) the defendant's assets (see § 908 of the Restatement (Second) of Torts 1979).

One of the most commonly used factors is the patrimony of the defendant, to achieve a greater deterrent effect. Transnational corporations are usually in a position to internalise the amount of compensation as a cost of doing business. Therefore, it is appropriate to increase the amount of the award according to the higher wealth of the defendant, otherwise there will not be sufficient deterrence. It is known as deep pocket.[30]

Secondly, it is also possible to define quantitative limits to punitive damages. A first technique is to draft a fixed limit. If the limit is 100, punitive damages cannot be awarded above 100. Another technique, more popular in American law, is to define multiples or ratios, thus creating the genus 'multiple damages' and specific cases depending on the multiple or ratio applied such as 'double damages', 'treble damages', and so on. Those ratios could work in different ways. In the case of treble damages, it means that the judge should award three times the amount of damages, as if it were a multiplication. Alternatively, the judge could also be given the power to decide whether to double or treble the damages, with the limit that it cannot be more than three times. It all depends on what the law says.

The above type of quantification exists in American law and is stated by special laws. Here are three examples: (1) for patents, section 284 of the U.S. Code, Title 35 – Patents, provides that the court may increase the amount of damages up to threefold, (2) for antitrust, section 15(a) of 15 U.S. Code, Chapter 1 – Monopolies and Combinations in Restraint of Trade (Clayton Antitrust Act), provides that the plaintiff may seek treble damages, and (3) for criminal organisations, section 1964(c) of 18 U.S. Code, Chapter 96 – Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO), states that the plaintiff may seek treble damages.

It is also possible to mix different factors and quantification criteria according to different cases that merit differential treatment. Section 09.17.020 of the Alaska Statutes is illustrative. While paragraph (b) indicates under what circumstances punitive damages apply, paragraph (c) lists seven factors to be considered in quantifying punitive damages. Subsequent paragraphs supplement the regulation with quantitative limits, combining fixed amounts and multiples. Paragraph (f) states that punitive damages may not exceed three times the amount of damages or the sum of $500,000, whichever is greater. However, paragraph (g) imposes an aggravating factor. If the harm was motivated by financial gain and the wrongdoer knew of the adverse consequences, then punitive damages may not exceed four times the damages, four times the amount of profits made, or the sum of $7'000,000. On the other hand, if punitive damages are sought against an employer, the amount of the penalty will depend on the number of employees

[30] On the relevance of the defendant's assets in tort law, see the discussion in R. MACCOUN, "Is there a "deep pocket" bias in the tort system? The concern over biases against deep-pocket defendants", *Institute for Civil Justice*, October 1993, p. 1-6; K. N. HYLTON, "A theory of wealth and punitive damages", *Widener Law Journal*, Vol. 17, No. 3, 2008, p. 927-948; V. E. SCHWARTZ, P. GOLDBERG and C. E. APPEL, "Deep pocket jurisprudence: where tort law should draw the line", *Oklahoma Law Review*, Vol. 70, No. 2, 2018, p. 359-404.

in the State of Alaska, for example, punitive damages may not exceed $200,000 if the employer has fewer than 100 employees, or up to $500,000 if the employer has 500 or more employees.

Based on the above legal framework, each Civil Law jurisdiction could assess the methods of assessment that best suit its culture, whether through general factors, fixed amounts or multiples, or a combination of all. In turn, those methods could be implemented according to which cases merit special protection from punishment. It could be expected, for example, that higher punitive damages would be allowed for environmental damage (treble damages) than for intellectual property infringements (double damages), and that in the former, the assets of the polluting company would be considered as an aggravating factor and an exception to the limit of treble damages.

6. TO WHOM? THE BENEFICIARY

Along with the high amounts of punitive damages, the benefit to the victim (windfall) has always been questioned. They were two sides of the same coin. It raised criticisms, including the wrong incentives and inefficiencies of allowing the victim, in addition to receiving compensatory damages, to end up better off suffering the harm than before it had occurred. That affected the rule of full compensation and the prohibition against unjustified enrichment, well known principles in Civil Law jurisdictions.

However, American law began to differentiate between the quantification of the penalty and the recipient of the payment. To begin with, the purpose of a high penalty is to deter the defendant. At least that s/he suffers in her/his own pocket. Otherwise, if the penalty is low or not quantified according to the defendant's economic capacity, the defendant could internalise the cost. It would be like voluntarily paying a fine for not stopping at a red light. It is clear, then, that the penalty should be high taking into account the circumstances of the case. However, it does not mean that the penalty should be paid to the victim. Punishment and deterrence are achieved if the defendant is ordered to pay punitive damages, and not by the fact that such a penalty is paid in favour of the victim.

To solve the problem of enrichment of the victim, legal schemes known as split-recovery mechanisms were created in the United States to apportion the amount of the punitive damages so that the victim is excluded in whole or in part. That is another feature of punitive damages that calls into question their supposedly private nature since the entire amount is not paid to the plaintiff but to other recipients.[31] Below are four examples of how the distribution of punitive damages can be implemented.

Section 5/2-1206, Illinois Statutes Chapter 735 Civil Procedure, states that the court shall determine how punitive damages are apportioned between the plaintiff, her/his attorney and a department of the State of Illinois. It is a simple and concrete legal provision, however, it might also attract the attention of civil lawyers. In American Law, unlike the Civil Law, the winning party cannot claim costs from the losing party, on the contrary, each party bears its own costs.

[31] For split-recovery mechanisms, see SHARKEY, "Punitive Damages as Societal Damages", ob. cit.; E. ENCARNACION, "Resilience, Retribution, and Punitive Damages", *Texas Law Review*, Vol. 100, 2022, p. 1025-1078.

It is called the "American rule".[32] For that reason, it is common for attorneys to finance litigation through schemes that make the payment of fees conditional on obtaining a favourable judgment, especially if the award will be high due to punitive damages. Thus, the plaintiff and her/his attorney usually agree that the fee will be collected with the award, and the law recognises this agreement and facilitates its collection in case punitive damages are obtained.

Following a more complex scheme than the above, section 668A.1(2) of the Code of Iowa distinguishes between (i) the scenario where the plaintiff receives full punitive damages, and (ii) the case where –after paying costs and attorney's fees– the plaintiff receives up to 25% of the award and the remainder is allocated to a compensation fund.

A different provision is found in section 31.735 of the Oregon Revised Statutes (ORS), which does not allocate punitive damages to the plaintiff. Instead, the entire amount is allocated to other creditors: (i) 30% to the prevailing party, (ii) 60% to the Criminal Injuries Compensation Account, and (iii) 10% to the State Courts Facilities and Security Account. In addition, duties of notification are included in favour of the aforementioned creditors so that they can be aware of the verdict or judgment with punitive damages. Also, an order of priority for the allocation of payment is regulated.

On section 31.735 of the Oregon Revised Statutes (ORS), there are two issues that merit discussion. The first is the justification for the punitive amount to be paid to the state treasury, public purpose or compensation fund. In such cases, the victim only applies for the penalty and the penalty is paid as if it were a fine, i.e., not to the plaintiff. It would be an interesting alternative that would remove all perverse incentives on the victim. However, it is not without its critics. In American law, certain state laws were challenged as unconstitutional as they considered as indirect expropriations by defining that the defendant must pay a monetary amount in favour of the state treasury, which implied that the state had an interest in litigation to which it was not a party.[33] For instance, section 09.17.020 of the Alaska Statutes, after an extensive regulation on when punitive damages apply and how they should be quantified, has paragraph (j) which states the following:

> (j) If a person receives an award of punitive damages, the court shall require that 50 percent of the award be deposited into the general fund of the state. This subsection does not grant the state the right to file or join a civil action to recover punitive damages.

The intention is to make it clear that the state does not have a direct interest in the payment of punitive damages, especially if it is a third party. The situation is different if the payment is earmarked for a compensation fund and then redistributed to the victims. Similarly, the money

[32] This discussion is extensive in American and comparative law, especially in relation to the desirability of changing the American rule. See W. OLSON and D. BERNSTEIN, "Loser-pays: Where next?", *Maryland Law Review*, Vol. 55, No. 4, 1996, p. 1161-1189; J. L. LOOS, "The effect of a loser-pays rule on the decisions of an American litigant", *Major Themes in Economics*, Vol. 7, 2005, p. 31-45; D. A. ROOT, "Attorney fee-shifting in America: comparing, contrasting, and combining the "American rule" and "English rule"", *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 15, 2005, p. 583-617; J. R. MAXEINER, "The American "rule": Assuring the lion his share" in M. REIMANN (ed), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Comparative Study*, Springer, 2011, p. 287-303; V. D. LÓPEZ and E. T. MACCARRONE, "Leading the world in the wrong direction: is it time for the United States to adopt the world standard "loser pays" rule in civil litigation?", *North East Journal of Legal Studies*, Vol. 32, 2014, p. 1-20; T. EISENBERG, T. FISHER and I. ROSEN-ZVI, "Attorney's fees in loser-pays system", *University of Pennsylvania*, Vol. 162, 2014, p. 1619-1661.

[33] Among the U.S. laws that were held unconstitutional, see §13-21-102(4) of the Colorado Revisited Statutes and §51-12-5.1(e)(2) of the Georgia Code.

could be earmarked for a public purpose related to the damage caused (e.g., environmental prevention training or product defect research).

Certainly, that form of payment requires a particular theoretical framework for tort law, seen from a social perspective and not limited to a pecuniary remedy. It goes hand in hand with a reform of procedural law in Civil Law jurisdictions to define the active party of the process, the beneficiaries of the award, and how the payment of the award will be enforced in favour of all creditors. It remains a pending issue on the agenda, which, although it has been developed in American law, is still unknown in Civil Law that do not yet have a legislative culture or policy that makes possible compensation funds (especially in Latin America), or the implementation of public purposes in relation to damages.

A second question, interesting on a theoretical and practical level, is whether there is any justification for a certain amount of the punitive award to be paid to the plaintiff. It could found a reason in private enforcement, which would be activated by the plaintiff in favour of other victims and the society as a whole. Unlike Civil Law jurisdictions, American law pays special attention to the enforcement of the law and not only to the creation of rules on paper and, above all, welcomes private enforcement mechanisms as a supplement, or even an alternative, to public enforcement mechanisms through public bodies as it is used to in Civil Law jurisdictions.[34]

In general, private enforcement takes place through litigation and at the initiative of private parties.[35] As such, in order for the law to be respected, parties must have the facilities and incentives to sue. In the United States of America, class action, contingent fees, third-party funding litigation and punitive damages are mechanisms that encourage and reward a litigious culture. The particularity of those lawsuits is that they not only enforce the plaintiff's right, but also allow for general enforcement in favour of third parties. As such, whoever activates the justice system should be rewarded. It is relevant in cases where a victim, among other reasons, cannot sue because of high litigation costs, the value of the claim is low, evidentiary difficulties, or corruption of the courts. If the plaintiff is excluded from collecting punitive damages altogether, it discourages the filing of claims in the above situations, which in the end affects other victims. It creates situations of lack of compensation or under-compensation from a social point of view.

To avoid the above, a system can be defined that shares the punitive damages between the victim –at least in a minor part– and in favour of the state, a public interest or compensation fund. Even legal costs and fees can be included. In that manner, the desired deterrent effect is still generated and the defendant is punished, and at the same time, the perverse incentives of the plaintiff are eliminated or mitigated and private enforcement of the law is promoted.[36]

---

[34] Certainly, there are exceptions, for example, the European directive on free competition or the one on intellectual property is said to promote private enforcement through extra-compensatory damages. However, that still remains a highly debatable issue as other directives expressly reject punitive damages, or the phrase "dissuasive, effective and proportionate measures" is considered not to promote punitive damages. See discussion in S. GARCÍA LONG, "A public-private prosecutor: Enforcing EU law through punitive damages", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union – GPR*, Vol. 4, 2023, p. 130-146.

[35] See A. LAHAV, *In praise of litigation*, Oxford University Press, 2019; S. GARCÍA LONG and K. VILLANUEVA SOTOMAYOR, "El mercado de los litigios: Hacia la implementación de instrumentos de *private enforcement*" in F. NÚÑEZ DEL PRADO and L. GHERSI MURILLO (eds), *Justicia de Papel. Reformas disruptivas al sistema de justicia*, Palestra Editores, 2021, p. 71-115.

[36] See C. VANLEENHOVE, "Citizen's participation through U.S. punitive damages: Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?" in N. APPERMONT and U. CERULUS (eds), *Participatie*

7. CONCLUDING REMARKS

The debate on punitive damages is intense and extensive. Many things have been said about it, and from different perspectives. In all that debate, one thing that should be emphasized vis-à-vis Civil Law jurisdictions is that punitive damages are no longer those that became popular because of their unpredictability and blockbuster amounts. Nowadays, there is a complex regulatory framework that clarifies many features of punitive damages and, above all, controls their application. The debate is no longer focused on the compatibility of punitive damages with Civil Law, but on how to properly legislate punitive damages.

Within the above current debate, it is important to understand the hybrid nature of punitive damages. It is not an exclusively private sanction, but one that also pursues the achievement of collective interests. For that reason, punitive damages play a major role in situations such as environmental damage or violations of consumer regulations, which are matters that transcend private law to focus on the regulatory side. In addition, as it is a penalty, it is important to set the factors or limits for its quantification. Finally, the total amount of the penalty must not be paid to the victim but must be distributed accordingly.

All of the above features should be carefully evaluated to define which ones are best suited to the Civil Law national jurisdiction in question. It is time to think seriously about how to legislate punitive damages, instead of questioning their compatibility with tort law, which is a discussion that has been left in the past.

The above discussion is not limited to a concern of the past, but is treated again as a good alternative to the particularities of AI wrongs, which challenge the traditional model of remedies. Technology and AI have many benefits but also a great potential to generate damage, very easily but with great repercussions. For instance, the personal data of millions of people can be affected in a single act, from anywhere in the world, and through any laptop. This reality makes it necessary to think about AI wrongs from a social perspective and beyond monetary compensation. It is a good opportunity to go back to punitive damages and take them seriously once again.

---

van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique, Die Keure, 2017, p. 84-95; GARCIA LONG, "A public-private prosecutor: Enforcing EU law through punitive damages", ob. cit.

Reconocimiento de derechos al bosque tropical seco: hacia una gobernanza basada en el valor intrínseco en la Montaña de Guerrero -México

Omar Huertas Díaz
Profesor de Derecho penal y Criminología
Universidad Nacional de Colombia. Experto en DDHH

Zaire Vázquez. Doctoranda.
Universidad Nacional de Colombia

Fecha de recepción: 11/06/2024
Fecha de aceptación: 15/07/2024

RESUMEN: Con el incremento del deterioro ambiental y la pérdida de biodiversidad, los bosques tropicales secos vienen sufriendo asimetrías por el efecto de la actividad humana que los sobreponía. En la región de la Montaña, Guerrero en México, estos ecosistemas son importantes para la conservación y control del clima y del agua, además sirven para la reproducción cultural y económica de comunidades indígenas. Este estudio propone un modelo de gobernanza comunitaria que trata al bosque tropical seco como sujeto de derechos, integrando marcos jurídicos emergentes con conocimientos ancestrales sobre el manejo sostenible del territorio. La investigación usa como base un enfoque cualitativo-integrador que se apoya en el análisis documental crítico, los sistemas de Información Geográfica (SIG), y el modelo conceptual. Tiene como epicentro la región Montaña de Guerrero, poniendo énfasis en los municipios de Tlapa de Comonfort, Huamuxtitlán y Xalpatláhuac, seleccionados por su importancia ecológica y cultural dentro del bosque tropical seco. Dentro de esta metodología, se evalúan los paradigmas teóricos, normativos y espaciales necesarios para determinar la factibilidad del reconocimiento del bosque como sujeto de derechos. Mediante la revisión sistemática de literatura científica, el análisis comparativo de los marcos legales nacionales e internacionales y, la caracterización espacial de áreas prioritarias, se puede identificar una base sólida en conocimientos ancestrales y en prácticas comunitarias de manejo sostenible de territorio. Estos elementos respaldan la construcción de un modelo conceptual de gobernanza que reconozca al bosque tropical seco como sujeto de derechos, promoviendo la relación ética, equitativa, y sostenible que debe existir entre humanos-naturaleza.

ABSTRACT: With the increasing environmental dragradation and loss of biodiversity, dry tropical forests are facing growing pressure due to human activities that often disregard their ecological and cultural value. In the Montaña region of Guerreo, México, these ecosystems play a crucial role in climate regulation, water conservation, and the cultural and economic reproduction of indigenous communities. This study proposes a community-based governance model that recognizes the dry tropical fores as a rights-bearing entity, integrating emerging legal frameworks with ancestral knowledge on sustainable land management. The research follows a qualitative-integrative approach based on critical documentary analysis, Geographic Information Systems, and conceptual modeling. It focuses on the Montaña region of Guerrero, particularly the municipalities of Tlapa de Comonfort, Huamuxtitlán, and Xalpatlahuac, selected for their ecological and cultural significance within the dry tropical forest biome. The methodology evaluates theoretical, normative, ans spatial dimensions necessary to assesss the feasibility of recognizingthe forest as a subject of rights. Through a systematic review of scientific literature, comparative analysis of nation ans international legal frameworks, and spatial characterization of priority areas, this study identifies a strong foundation in ancestral knowledge and community-based practices of sustainable land use. These elements support the development of a conceptual gobernance model that acknowledges the dry tropical forest as a rights-bearing entity, promoting an ethical, equitable, and sustainable relationship between humans and nature.

PALABRAS CLAVE: Bosque tropical seco, Derechos de la Naturaleza, Gobernanza Comunitaria, Valor Intrínseco, Justicia ecológica, Región Montaña.

KEY WORDS: Dry tropical forest, Rights of nature, Community governance, Intrinsic value, Ecological justice, Montaña region.

1. INTRODUCCIÓN

Los bosques tropicales secos son uno de los ecosistemas terrestres más diversos y al mismo tiempo más amenazados del planeta. En América Latina la degradación se ha acelerado por actividades humanas como la expansión agrícola, deforestación para ganadería, minería, y el cambio climático, todo esto sobreponiendo el valor económico.

Estudios indican que menos del 10% de los bosques tropicales secos originalmente permanecen intactos, y en algunos países de la región, como México, la tasa de pérdida anual supera el 1%, lo cual es alarmante si se compara con otros tipos de vegetación tropical. En este contexto más del 70% de estos bosques han sido alterados destruidos por el uso intensivo de suelo (Portillo Quintero & Sánchez Azofeifa, 2010).

En México, el bosque tropical seco ocupa alrededor de 18% del territorio nacional, pero enfrenta una perdida promedio del 0.8 %anual, principalmente por la conservación de áreas naturales a usos agropecuarios (Comisión Nacional para el Conocimiento y uso de la Biodiversidad CONABIO, 2016).

En Guerrero, estado ubicado en la zona prioritaria por la conservación de este tipo de ecosistemas, más del 30 % del bosque tropical seco ha sido transformado en las últimas décadas, especialmente en la región de la Montaña, donde también se centran población indígena con prácticas ancestrales (Instituto Nacional de Estadística y Geografía , 2020)

La falta de regulación y control sistemático han desencadenado conflictos socioambientales en la región donde el uso de recursos naturales primarios es tomado de manera desmedida. Este enfoque debe cambiar con carácter de urgente, utilizando ecuaciones utópicas que trasciendan la manera de gestión y conservación, enunciando derechos a ecosistemas que no son objeto de usufructo.

Con este auge de gobernanza surgen ideas sobre retomar ideas sobre derechos de la naturaleza. Concepción profunda, filosofía ética de geometría no antropocéntrica y tradiciones indígenas que brindan una alternativa transformadora e inspiradora.

El presente estudio sugiere un modelo conceptual de gobernanza comunitaria del bosque seco tropical con un enfoque en derechos que se pueden aplicar a la región de la Montaña de Guerrero. Este modelo trata de integrar leyes modernas con prácticas ancestrales de conservación sustentable del territorio en la zona que busca generar una relación más ética, equitativa y respetuosa entre humanos-naturaleza.

Los objetivos principales de la investigación son:

- Estudiar con enfoque teórico y normativo el concepto de valor intrínseco de la naturaleza y su importancia en la preservación del bosque

- Caracterizar espacialmente áreas prioritarias en la región de la Montaña mediante derechos
- Diseñar un modelo conceptual de gobernanza comunitaria que integre representación de derechos
- Diseñar un modelo conceptual de gobernanza comunitaria que integre representación del bosque y participación indígena

2. METODOLOGÍA

La investigación se desarrolla bajo un enfoque cualitativo-integrador, con una metodología centrada en tres grandes componentes: análisis documental crítico, análisis espacial de SIG (Sistema de Información Geográfica) y modelado conceptual.

3. EL VALOR INTRÍNSECO DEL BOSQUE TROPICAL SECO: FUNDAMENTO ÉTICO Y FILOSÓFICO PARA SU RECONOCIMIENTO LEGAL

3.1. ¿Qué se debe entender por valor intrínseco?

La noción de valor intrínseco de la naturaleza resalta como uno de los ejes éticos primordiales anclados en la naturaleza, sin embargo, se puede estudiar con más profundidad considerándolo desde distintas ópticas, las cuales ofrecen enfoques y conceptos diversos.

A continuación, se delinean tres enfoques importantes: 1. Ecológica profunda, 2. Biocentrismo radical, 3. Derechos de la naturaleza desde el derecho ambiental postantropocéntrico, integrando autores que son claves:

Perspectivas	Autores	Aporte	Obras
Ecología Profunda	Guillermo Foladori	Reconoce la importancia de replantear la relación del ser humano con la naturaleza más allá del crecimiento económico.	*El pensamiento Ambientalista* (Foladori, 2000)
	Enrique Dussel	Desde una perspectiva descolonial y filosofía de la liberación, plantea que el reconocimiento del valor intrínseco de la	*Filosofía de la liberación* (Dussel, 2013)

		naturaleza implica descolonizar nuestras formas de pensar y actuar.	
	Arne Naess	Propone una visión no antropocéntrica del mundo natural. Esta corriente sostiene que todos los seres vivos tienen derecho a existir independientemente de su utilidad para los seres humanos.	*Ecología Profunda y Autorrealización: Introducción a la filosofía Ecológica de Arne Naess* (Speranza, 2006)
Biocentrismo Radical	Valentín Cabrero	Argumenta que el bosque, como comunidad bioética, tiene un valor intrínseco que debe ser reconocido institucionalmente.	*Ética medio ambiental: principios y valores para una ciudadanía responsable en la sociedad global* (J.Alberto, 2013)
	Paul Taylor	Define que todos los organismos poseen un valor inherente y merecen respeto moral.	*Respect for nature: A theory of environmental ethics* (Taylor, 1986)
	Alberto Acosta	Sostiene que el valor intrínseco debe ser fundamento ético y legal para avanzar hacia modelos de desarrollo que priorizan la vida en todas sus formas.	*Buen Vivir* (Acosta, 2013)
Derecho ambiental postantropocéntrico	Luis Vera	Propone que los ecosistemas deben ser reconocidos como	*Justicia (Ambiental) para todos* (Vera, 2023)

		personas jurídicas simbólicas, con capacidad de acción y representación legal, incluso si carecen de conciencia o voluntad.	
	Alan David	Presenta una ética no naturalista que rechaza la falacia naturalista (la idea de que lo que es naturalmente determina lo que debe ser éticamente).	*El valor intrínseco como premisa epistémica: para entender los derechos de la naturaleza* (Barraza Guerrero, 2024)

Como se puede observar existen diversas posturas en las cuales se puede aplicar el concepto de "valor intrínseco", el debate que se ha generado sobre ¿Cuál es el valor que debemos darle a la naturaleza?, ha sido central en la ética ambiental y en los estudios sobre justicia ecológica. Tradicionalmente, la noción instrumental es la que ha permeado hasta el momento donde la premisa principal es que la naturaleza es valiosa en tanto sirva a los intereses humanos (Galafassi, 2004).

El valor intrínseco hace referencia especialmente a lo que posee un ente por el simple hecho de existir, sin relación a otro sujeto u objeto. De modo contrario, el valor instrumental es aquel que se otorga a algo como resultado de su utilidad para alcanzar los fines externos (Leopol, 2017).

Esta distinción es importante al momento de hacer efectivo dicho valor, pero sobre todo al momento de repensar en la manera de relacionarnos con el entorno natural. En el caso del bosque tropical seco, su relevancia impacta directamente a los servicios ecosistémicos, lo hace un recurso altamente valorado desde la perspectiva instrumental. No obstante, este enfoque puede traer como consecuencia la sobreexplotación y el de la vida misma en todas las formas de expresión (Rodríguez & Quintanilla, 2019).

En el Estado de Guerrero, en la región Montaña, el bosque tropical seco que desempeña una parte crucial en la reproducción cultural y económica de las comunidades indígenas mazahuas, mixtecas y tlapanecas representa un ecosistema vital para la conservación de la biodiversidad regional.

Estas comunidades han mantenido prácticas ancestrales sostenibles del manejo del territorio, basadas en la concepción relacional y espiritual de la naturaleza. Desde la perspectiva del bosque no es únicamente un recurso, sino un ente con el que se establece una relación simbiótica y de respeto mutuo.

Sin embargo, en los últimos años, estas prácticas tradicionales han sido desplazadas por modelos productivos que priorizan las ganancias económicas a corto plazo, dejando de lado el conocimiento ancestral como el valor intrínseco de los ecosistemas. Este vacío ético y epistemológico refuerza la necesidad urgente de replantear las políticas ambientales bajo paradigmas que reconozcan derechos a la naturaleza.

La integración del concepto de valor intrínseco en marcos legales y políticas públicas podría ser un gran paso para revertir esta tendencia, promoviendo una gobernanza ambiental que respete la autonomía de los ecosistemas y garantice su permanencia, más allá de su utilidad inmediata para los seres humanos.

4. CONDICIONES SOCIALES, CULTURALES Y ESPACIALES DE LA REGIÓN DE LAS MONTAÑA DE GUERRERO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN MARCO DE DERECHOS AL BOSQUE

La Montaña de Guerrero se ubica en la parte Norte del estado, es uno de los territorios que cuentan con considerable biodiversidad y diversidad cultural. Aunado a esto, un complejo contexto marcado por altos índices de marginación social, pobreza estructural y presión sobre sus recursos naturales.

Estas cuestiones dotan a las regiones de la Montaña de Guerrero como un lugar crucial para analizar modelos alternativos de conservación basados en los derechos de la naturaleza y el valor intrínseco que el bosque seco tropical posee (CONEVAL, 2022).

Según datos expedidos por Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, más del 60% de la población pertenece a pueblos indígenas (Palacios Mora & Gerónimo Mendoza, 2019).

Grupo Étnico	% Población (Aprox.)	Principales Municipios
Mazahua	28%	Tlapa de Comonfort, Xalpatláhuac
Mixteco	24%	Huamuxtitlán, Zitlala
Tlapaneco	15%	Malinantepec, Metlatónoc

Fuente: INEGI (2020); CONEVAL (2021)

Las comunidades antes mencionadas, en una minoría preservan prácticas de manejo sostenible, que se basan en saberes ancestrales y generativos, sistemas como roza-tumba-quema, que implican darle un descanso a la tierra implica alternar para que esta restablezca su ciclo de vida de manera natural.

Por otra parte, las asambleas comunitarias pertenecientes a algunas comunidades de la región Montaña del estado de Guerrero, establecen en común acuerdo la gestión comunitaria de bosques.

De la misma manera asignan zonas o áreas consideradas "sagradas", y por ende son protegidas por las mismas comunidades.

Datos de la CONABIO 2016 e INEGI, la distribución del bosque tropical seco, ocupa el 22% del territorio estatal, enfocándose en los municipios de la región Montaña:

Municipio	Extensión de Bosque	Cobertura
Tlapa de Comonfort	85, 000	75%
Huamuxtitlán	62,000	68%
Xalpatláhuac	54,000	63%
Zitlala	48,000	60%

Fuente: CONABIO 2016; INEGI 2020

4.1. El uso actual de suelo y los patrones de deforestación

La cobertura vegetal de acuerdo con diversos estudios, el 30% de bosques tropical seco ha sido transformado por actividades humanas, principalmente por actividades a la expansión ganadera hasta por un 40%, agrícola 35%, minera y tala clandestina 25% (Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2017).

Es evidente que esta disminución de cobertura, por más bajo el porcentaje que sea, tiene implicaciones directas en la degradación de diversidad y servicios ecosistémicos. Cuando se hace referencia la pérdida de servicios ecosistémicos se habla de la escasez de recursos hídricos, el almacenamiento de entre 100 y 150 toneladas de CO2 por hectárea, y la extinción de especies en peligro de extinción (Banco de Desarrollo en América Latina, 2023) Ejemplo de ello es el Jaguar y los Quercus Xalapensis.

Por eso la importancia de utilizar herramientas como QGIS (Sistema de Información geográfica de código abierto gratuito), que permite visualizar, editar, analizar y publicar todos los datos geoespaciales, que permiten visualizar la cobertura vegetal, densidad

poblacional, patrones deforestación y la presencia de comunidades indígenas (merginmaps, s.f.).

4. 2. Características socioeconómicas

Indicador	Valor
Población total (aproximada)	750,000 habitantes
Porcentaje de población indígena	mayor que 60% (mazahuas, mixtecos y tlapanecos)
Índice de marginación	Muy Alto
Tasa de pobreza extrema	Mayor que 70%
Promedio de escolaridad	Menor de 4 años
Acceso a servicios básicos (agua, drenaje, electricidad)	Menor 60%

Estas condiciones socioeconómicas y demográficas indican la necesidad de diseñar políticas más reales que sean compatibles con las necesidades de cada comunidad, que combinen aspectos socioambientales con justicia social y económica.

La región se caracteriza por la conexión de tres principales grupos étnicos: mazahuas, mixtecos y tlapanecos, cada uno de los cuales tienen vínculos simbólicos ancestrales con el bosque. La naturaleza para estas comunidades, no es solo un recurso; es una fuerza vital y un sujeto vivo de la vida comunitaria con la que hay una relación de intercambio, respeto y reciprocidad (Villela Flores, 2019).

Autores claves han estudiado esta relación:

- Víctor Toledo ha documentado cómo las prácticas agrícolas tradicionales como el sistema de roza-tumba- quema son profundamente ecológicas y motivadas por los principios de equilibrio y no agotamiento (Lara Ponce, Caso Barrera, & Fernández Aliphat, 2012).
- Arturo Gómez Pompa: Quien es uno de los pioneros en estudiar la ecología tradicional en México, ha enfatizado cómo las comunidades indígenas poseen un profundo conocimiento del bosque que es crítico para su conservación holística (Gómez Pompa, 2016).

Estos autores coinciden en que el reconocimiento del valor intrínseco de los bosques requiere la afirmación del conocimiento y las fronteras autodeterminadas de los pueblos indígenas.

4.3. Viabilidad institucional y normativa

México puede no tener un marco nacional definitivo sobre los derechos de la naturaleza, como es el caso de Bolivia (Estado Plurinacional de Bolivia, 2009) y Ecuador (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008), pero hay algunos hitos relevantes en el sistema legal:

- Permite la conservación comunitaria y el uso sostenible a través de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA) (LGEEPA, 1988)
- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2° otorga la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas (CPEUM, 1917)
- Ley Ambiental del Estado de Guerrero: Artículo 4 fomenta la participación ciudadana en gestión ambiental (Ley número 878 , 2009)

Además, la iniciativa estatal 2021 que intenta introducir conceptos de derecho de la naturaleza (a la par viene explícito el valor intrínseco de la naturaleza), en la legislación ambiental guerrerense aún está pendiente de aprobación.

El documento de políticas públicas exploratoria sobre la política ambiental del estado de Guerrero propone la incorporación de los derechos de la naturaleza en las políticas públicas locales.

La integración del concepto de derechos de la naturaleza en las políticas locales sigue siendo una posibilidad abierta desde la perspectiva legal.

En definitiva, hay espacio en el ámbito regulatorio para nuevas iniciativas.

- Precedentes de casos internacionales: Ecuador y Bolivia, han plasmado en su carta magna el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.
- Marco legal emergente en México: Algunas decisiones judiciales recientes han aceptado la naturaleza como un interés difuso.

En México aún no se reconoce explícitamente a la naturaleza como sujeto de derechos, existe un espacio regulatorio y jurisprudencial que permite avanzar en esa dirección. Este proceso de judicialización ha tenido un impacto concreto en la protección de ecosistemas estratégicos, evidenciando que el Poder Judicial puede ser un actor clave en la construcción de un marco legal más sensible en la realidad socioambiental (Vázquez Orduña, 2025).

Lejos de limitarse a la defensa de bienes comunes, esta tendencia representa una oportunidad para transformar el sistema jurídico hacia un modelo que reconozca el valor intrínseco de la naturaleza y su derecho a existir, regenerarse y mantener sus funciones vitales. La integración de este enfoque en las políticas locales sigue siendo una posibilidad abierta, que requiere voluntad institucional y una articulación interdisciplinaria entre el derecho,

ecología y saberes comunitarios, con el objeto de construir una justicia ambiental más integral y sostenible.

La capacidad organizativa comunitaria: Muchas comunidades ya cuentan con sistemas municipales de monitoreo ambiental y control del uso del suelo, lo cual permite el cumplimiento de nuevas normas.

En conclusión, la región de la Montaña de Guerrero no solo es un espacio geográfico, sino un entramado complejo donde se cruzan ecosistemas frágiles, pueblos originarios con saberes profundos y estructuras socioeconómicas marcadas por la desigualdad.

En este contexto, el bosque tropical seco no puede seguir siendo visto únicamente como recurso más a ser explotado, ni como obstáculo para el desarrollo entendido desde las lógicas extractivas. Por el contrario, se debe reconocer como lo que es un sistema vivo, dinámico y con valor en sí mismo, cuya existencia no depende de su utilidad para los humanos.

Las condiciones sociales y culturales de la región ofrecen una base prometedora para avanzar hacia un modelo de gobernanza integral.

5. DISEÑO CONCEPTUAL DE UN MODELO DE GOBERNANZA COMUNITARIA BASADO EN LOS DERECHOS DEL BOSQUE

La concesión de los derechos de la naturaleza exige algún tipo de transformación jurídica y a la vez, un cambio radical en las relaciones humanas con la naturaleza. Por tanto, en el caso del bosque tropical seco de la región de la Montaña de Guerrero, realizar un modelo de gobernanza comunitaria implica atender, al mismo tiempo aspectos éticos, jurídicos y sociales que trascienden la noción de conservación instrumental.

A continuación, se presenta un bosquejo integrador que permite avanzar hacia el marco de acción deseado que sea viable, contextualizado, y que respete el conocimiento ancestral y el valor intrínseco del bosque.

5.1. Principios rectores del modelo

a) Autonomía ecológica

Este principio sostiene que los ecosistemas tienen derecho a autorregularse sin excesiva intervención humana o extractivista.

"La naturaleza no necesita ser "salvada" por los humanos; más bien, necesitamos aprender a convivir con ella en condiciones de igualdad ontológica." (Escobar, 2014).

b) Justicia intergeneracional

Boaventura de Sousa Santos argumenta que cualquier modelo de gobernanza debe garantizar que los recursos naturales estén disponibles para generaciones venideras sin poner en peligro su estado actual. Este modelo evoca una forma colectiva de sostenibilidad éticamente responsable (De Sousa Santos & Meneses, 2014).

c) Relación

Con una lente antropocéntrica, académicos como Marisol de la Cadena estudian cómo algunas comunidades andinas consideran a la naturaleza como "otros que no son humanos", formando relaciones mutualistas.

"El giro biocéntrico, y el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, imponen condiciones sustantivas sobre los estilos de desarrollo actuales y desnuda sus contradicciones" (Gudynas, Derechos de la Naturaleza, 2014).

5.2. Mecanismos operativos

a) Observatorios ambientales comunitarios

Los miembros de la comunidad, educadores y agentes locales capacitados podrían participar activamente con miembros de estos observatorios responsables de rastrear cambios ecológicos. Su diseño se basa en modelos exitosos en Colombia y Perú, donde las comunidades indígenas administran el monitoreo ambiental.

"El papel de los participantes locales en el proceso de gestión ambiental mejora la eficacia social y legitima socialmente" (Fals Borda, 2006).

b) Educación ambiental enfocada en los Derechos de la Naturaleza

Marcos éticos elaborados podrían ser clave para las nuevas generaciones a interactuar adecuadamente con el bosque.

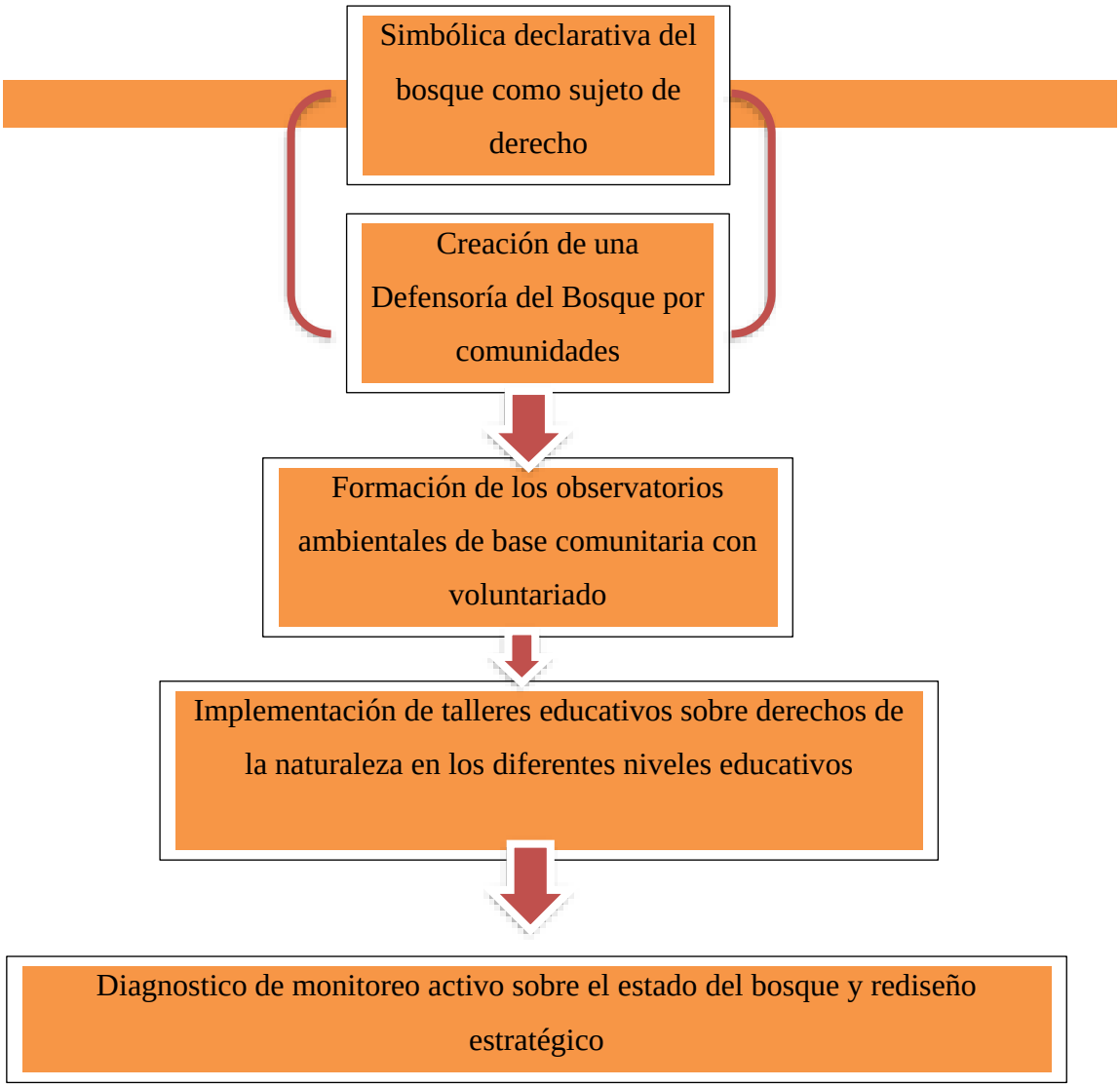
5.3. Escenarios hipotéticos para la aplicación

Caso piloto: Municipio de Huamuxtitlán, Guerrero

La región reúne varias características clave para implementar el modelo

- Alta representación de la población indígena (mixteca)
- Áreas significativas de bosque seco tropical relativamente intacta
- Existencia de sistemas de monitoreo ambiental basados en la comunidad
- Interés local en ecoturismo y gestión sostenible del bosque

Una posible representación sería la siguiente:



Este proceso podría llevárselo a cabo en colaboración con instituciones locales como Ayuntamientos de Huamuxtitlán, la Universidad Autónoma de Guerrero y ONG ambientales.

El diseño e implementación de un modelo de gobernanza comunitaria fundamentada en los derechos de un bosque tropical seco, en el contexto de la región de la montaña de Guerrero, no solo tiene fundamento teórico. La autonomía ecológica, la justicia intergeneracional, la representación legal del bosque, los observatorios ambientales comunitarios y otros similares brindan alternativas operativas haca su concreción.

Este tipo de propuestas, por más novedosas que parezcan, no son utópicas; se fundamentan en saberes generacionales y ancestrales, en experiencias foráneas e incluso en prácticas, que, aunque existen, requieren ser visibilizadas, fortalecidas, y formalizadas dentro de una nueva

estructura legal. Los bosques no solo deben ser resguardados por utilidad, sino por el derecho a existir y autorregularse.

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El presente estudio construye un modelo conceptual de gobernanza comunitaria del bosque tropical seco en la región de la Montaña de Guerrero, sustentado en su valor intrínseco y el cumplimiento de leyes emergentes sobre derechos de la naturaleza. Los hallazgos más relevantes se estructuran en tres dimensiones: ética-filosófica, sociológica y operativa-jurídica.

1. El valor intrínseco del bosque tropical seco: fundamentos éticos para su reconocimiento legal.

El valor intrínseco del bosque tropical seco otorga fundamentos éticos para su protección holística. Este valor, diferente del valor instrumental, reconoce a un bosque como una entidad que tiene el derecho de existir sin necesidad de ser útil para los humanos. Se proporcionan argumentos, también por autores como Escobar y de la Cadena que señalan que la visión antropocéntrica de la naturaleza es una forma de extender las fronteras de la justicia ambiental.

Esta perspectiva se alinea con las cosmovisiones mazahua, mixteca y tlapaneca en las que el bosque no solo es un solo recurso sino un participante vivo en la vida comunal. Esto enfatiza que la necesidad de desarrollar leyes que vayan más allá de la conservación instrumental y empoderen al bosque como un sujeto de derechos.

Este hallazgo contrasta con el enfoque tradicional de gestión ambiental en México, que es rígidamente antropocéntrico en carácter, pero resuena con precedentes internacionales de Ecuador, Bolivia donde a componentes de la naturaleza se les ha otorgado personalidad jurídica.

2. La Montaña de Guerrero: características sociales, culturales y espaciales de la región

Los indicadores estadísticos y geoespaciales corroboran que la región de la Montaña de Guerrero, la cual, por sus características, permite un avance hacia un modelo de gobernanza comunitaria sustentado en derecho del bosque:

- El más de 60% corresponde a pueblos indígenas y estos sostienen una relación con el bosque que es milenaria y que incluyen prácticas de manejo y simbología de conservación de territorio.
- El bosque tropical seco constituye aproximadamente el 22% del territorio estatal, en municipios como Tlapa de Comonfort, Huamuxtitlán y Xalpatláhuac que representan cobertura de vegetación relativamente conservada.
- No obstante, más del 30% ha sido trasformado y degradado debido a la expansión ganadera, minera, tala ilegal, etc.

Hallazgos como estos, respaldan investigaciones anteriores realizadas en América Latina, donde se resaltaba la importancia que tenía los pueblos originarios en la conservación efectiva de ecosistemas en peligro. Por otra parte, el uso de sistemas de información geográfica (SIG) permitió determinar con precisión zonas prioritarias para la implementación de la propuesta del modelo piloto, especialmente en sitios dentro de áreas boscosas de densa vegetación.

Viabilidad institucional. Considerando el estado actual del Estado de Guerrero, no tiene legislación sobre los derechos de la naturaleza, no obstante, existen vías institucionales que posibilitarían avances en tal sentido. Esto podría lograrse mediante reformas a nivel local o mediante acuerdos comunitarios que estén respaldados por leyes estatales y federales.

3. Diseño conceptual de un modelo de gobernanza comunitaria basado en los derechos del bosque

El modelo propuesto integra principios rectores como la autonomía ecológica, la justicia intergeneracional y la relación simbiótica entre humanos y naturaleza. Tienen sus bases en:

- Un reconocimiento simbiótico del bosque como sujeto de derechos
- La participación activa de comunidades indígenas.

Mecanismos operativos:

- Programas Comunitarios de Vigilancia Ambiental
- Monitoreo comunitario a través de herramientas tecnológicas accesibles
- Educación ambiental basada en los derechos de la naturaleza

7. CONCLUSIONES

Este estudio hace una contribución a la gobernanza ambiental y los derechos de la naturaleza al desarrollar el modelo conceptual de reconocimiento del bosque tropical seco como sujeto de derechos que puede aplicarse a la región de la Montaña en Guerrero, México.

Se demostró que:

1. El valor intrínseco del bosque es una justificación ética que desafía el paradigma dominante de conservación instrumental.
2. Las comunidades Mazahua, Mixteca y Tlapaneca poseen conocimientos ancestrales y estructuras sociales que apoyan la implementación de un modelo de gobernanza comunitaria basado en derechos de la naturaleza.
3. Se identificaron como prioritarias donde el modelo podría ser probado como un proyecto piloto, especialmente en el municipio de Huamuxtitlán.
4. También es viable crear figuras de representación legal del bosque que consistan en comunidades locales, organismos observadores ambientales y apoyo técnico e institucional.

Estos hallazgos son significativos ya que proporcionan un enfoque innovador, enmarcado ética, cultural, situado e integrado socialmente para contrarrestar la espiral de degradación ambiental.

REFERENCIAS

Acosta, A. (2013). Buen Vivir. Sumak Kawsay: Una oportunidad para imaginar otros mundos. *Economía Mundial*, 265-269. Obtenido de https://isfcolombia.uniandes.edu.co/images/2020-intersemestral/16_de_junio/ReseaElbuenVivir.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador. (20 de octubre de 2008). *Asamblea Nacional del Ecuador.* Obtenido de https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Banco de Desarrollo en América Latina. (2023). *Policy paper N°21, servicios ecosistémicos y biodiversidada en América Latina y el Caribe.* Obtenido de Banco de Desarrollo de América Latina: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/2106/Servicios%20ecosist%C3%A9micos%20y%20biodiversidad%20en%20ALC.pdf?sequence=4&isAllowed=y

Barraza Guerrero, A. D. (2024). El valor intrínseco como premisa epistémologica: para entender los derechois de la naturaleza. *amicus curiae*, 47. Obtenido de https://revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/download/90466/79147

Comisión Nacional para el Conocimiento y uso de la Biodiversidad CONABIO. (2016). *Inventario Nacional de Ecosistemas Terrestres*. Obtenido de https://www.gob.mx/semarnat/articulos/dia-internacional-de-la-preservacion-de-los-bosques-tropicales-275686?idiom=es

CONEVAL. (2022). *Informe de Pobreza y evaluación 2022.* Ciudad de México. Obtenido de https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidades/Documents/Informes_pobreza_evaluacion_2022/Guerrero.pdf

CPEUM. (5 de febrero de 1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

De Sousa Santos, B., & Meneses, M. P. (2014). *Epistemología del Sur.* AKAL. Obtenido de https://www.redmovimientos.mx/2016/wp-content/uploads/2016/10/De-Sousa-Santos-Boaventura-Epistemologias-Del-Sur-Completo.pdf

Dussel, E. (2013). *Filosofía de la liberación.* Buenos Aires: Docencia. Obtenido de https://docs.enriquedussel.com/txt/Textos_Obras_Selectas/(F)11.Fillosofia_liberacion.pdf

Escobar, A. (2014). *Sentipensar con la tierra : nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia.* Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA.

Estado Plurinacional de Bolivia. (7 de Febrero de 2009). *Ministerio de Educación.* Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf

Fals Borda, O. (2006). Participatory (action) research in social theory: Origins and challenges. (P. R. Bradbury, Ed.) *In The Sage Handbook of Action Research: Participative inquiry and practice*, 27-37.

Foladori, G. (2000). *Tópicos en Educación Ambiental.* Obtenido de https://andoni.garritz.com/documentos/Lecturas.CS.%20Garritz/Pensamiento.Ambientalista/Pensamiento.Ambientalista.Foladori.pdf

Galafassi, G. (2004). Razón instrumental, dominación de la naturaleza y modernidad: la Teoría Crítica de Max Horkheimer y. (N. y. Red Internacional de Estudios sobre Sociedad, Ed.) *Theomai*(9). Obtenido de https://www.redalyc.org/pdf/124/12400905.pdf

Gómez Pompa, A. (2016). *Memorias de un botánico.* Ciudad de México. Obtenido de https://www.uv.mx/noticias/2014/05/16/reconocen-a-arturo-gomez-pompa-como-pionero-de-la-etnobotanica/

Gudynas, E. (2014). *Derechos de la Naturaleza.* Lima: PDT. Obtenido de https://gudynas.com/wp-content/uploads/GudynasDerechosNaturalezaLima14r.pdf

Gudynas, E. (2014). *Derechos de la Naturaleza.* Lima. Obtenido de https://gudynas.com/wp-content/uploads/GudynasDerechosNaturalezaLima14r.pdf

INEGI. (s.f.). *Cartografía de uso del suelo y vegetación.* Obtenido de https://www.inegi.org.mx/temas/usosuelo/

Instituto Nacional de Estadística y Geografía . (2020). *Uso de Suelo y Vegetación.* Obtenido de https://www.inegi.org.mx/temas/usosuelo/

J.Alberto, L. (2013). La ética medioambiental: principios y valores para la ciudadanía responsable en la sociead global. *Acta bioethica*, 177-188. doi:https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2013000200002

Lara Ponce, E., Caso Barrera, & Fernández Aliphat, M. (mayo de 2012). El sistema Milpa Roza, Tumba y Quema de los Maya Itzá de San Andrés y San José, Petén Guatemala. (U. A. México, Ed.) *Ra Ximhai, 8*(2), 71-92. Obtenido de https://www.redalyc.org/pdf/461/46123333007.pdf

Lecaros Urzúa , J. A. (2013). La ética medio ambiental: principios y valores para una ciudadanía responsable en la sociedad global. *Acta Bioethica*, 177-188.

Leopol, A. (2017). *Una Etica de la tierra* (Jorge Riechmann ed.). España: Los libros de la Catarata.

Ley número 878 . (3 de Marzo de 2009). *Ley Número 878 del equilibrio Ecológico y la Protección al ambiente del Estado de Guerrero.* Obtenido de http://legismex.mty.itesm.mx/estados/ley-gro/GRO-L-EqEcolProtAmb2024_07.pdf

LGEEPA. (28 de enero de 1988). *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Prorección al Ambiente.* Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGEEPA.pdf

merginmaps. (s.f.). *QGIS.* Obtenido de Que es QGIS?: https://es.merginmaps.com/glossary/qgis

Palacios Mora, C., & Gerónimo Mendoza, L. (2019). Guerrero. La representación política de los pueblos indígenas mediante las circunscripciones electorales. *Estudios demográficos y urbanos*, 467-495. doi:https://doi.org/10.24201/edu.v34i3.1848

Portillo Quintero, C., & Sánchez Azofeifa, G. (2010). Extent and conservation of tropical dry forests in the Americas. *Forest Ecology and Management.* Obtenido de https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0006320709004200

Rodríguez, E., & Quintanilla, A. L. (2019). Relación ser humano-naturaleza: desarrollo adaptabilidad y posicionamiento hacia la busqueda de bienestar subjetivo. (U. d. Colima, Ed.) *AIA, 23*(3), 4-5. Obtenido de http://redalyc.org/journal/837/83762317002/

Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales. (2017). *SEMARNAT.* Obtenido de La vegetación natural y el uso del suelo en Mexico: https://apps1.semarnat.gob.mx:8443/dgeia/informe_resumen/02_vegetacion/cap2.html

Speranza, A. (2006). *Ecología Profunda y Autorrealización: Introducción a la filosofía Ecológica de Arne Naess.* España: Bliblos.

Taylor, P. W. (1986). *Respect for Nature: Atheory of enviromental ethics.* Pricenton University Press.

Vázquez Orduña, Z. (2025). La Ley como Guardián Verde:Explorar el Impacto de la Judialización en la Conservación Ambiental. *Revitus Academicus Cientificus-RAC, Vol.I*(1), 188-189. Obtenido de recuperado a partir de https://revistacientificus.com/RAC/article/view/7

Vera, L. (29 de sep de 2023). *Justicia (Ambiental) para todos.* Obtenido de TEDx: https://www.youtube.com/watch?v=pwLQT33rw9c

Villela Flores, S. (2019). ¿Es la Mixteca nahua tlapaneca de Guerrero un área cultural o una región etnoterritorial? *Enfoques*, 95-97. Obtenido de https://revistas.inah.gob.mx/index.php/diariodecampo/article/view/17211

NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO POR DEFCIENCIAS E IRREGULARIDADES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN

Mª José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

Fecha de recepción: 11/06/2024
Fecha de aceptación: 15/07/2024

RESUMEN: En el presente artículo se analizan los supuestos en que un procedimiento de ejecución hipotecaria puede llegar a ser declarado nulo por defectos cometidos en los actos de comunicación o por no llamar al proceso a todos los interesados.

ABSTRACT: The current article analises the cases in which the procedure of eviction could be declare void for deffects which includes not calling all the interested parties in the process.

PALABRAS CLAVE: Nulidad, edictos, herencia yacente, concurso, fiador, tercer poseedor, subasta.

KEYWORDS: Void, effects, inheritance, guarantor, auction, third owner.

SUMARIO: I.- Doctrina de la DGSJFP respecto de la fijación de un domicilio para actos de comunicación. II.- Problemas que plantea el requerimiento de pago. 1.- Requerimiento al ejecutado practicado por el Procurador del ejecutante. 2.-Requerimiento de pago por medios telemáticos. 3.- Requerimiento por edictos. a.- Insuficiencia de consultar el Punto Neutro Judicial. b.- Necesidad de averiguar el actual paradero del ejecutado aunque este haya incumplido la obligación de comunicar su nuevo domicilio. c.- La problemática de que el ejecutado tenga su domicilio en el extranjero. 4.- Casos en que un requerimiento indebidamente practicado no es causa de nulidad. **III.- Necesidad de notificar la convocatoria de subasta al ejecutado aun cuando no esté personado. IV.- Supuestos problemáticos**. 1.- Deudor fallecido y herederos desconocidos. 2.- Deudores solidarios. 3.- Deudor que no es propietario del bien hipotecado. 4.- Fiador. 5.- Tercer poseedor. a.- Casos en que hay que demandarle y requerirle de pago. b.- Supuestos en que solo hay que notificarle la existencia

del procedimiento. c.- Casos en que no es necesario demandarle ni notificarle. d.- Supuestos en que no se inicia una ejecución hipotecaria sino una ordinaria. e.- Nulidad del procedimiento a causa de no requerir o no notificar al tercer poseedor la existencia del procedimiento. 6- Excónyuge del ejecutado con un derecho de uso sobre la vivienda hipotecada. 7.-Cónyuge del ejecutado cuando el préstamo con garantía hipotecaria fue solicitado por el otro cónyuge de soltero para adquirir la futura vivienda familiar si parte del préstamo se ha abonado con dinero ganancial

I. DOCTRINA DE LA DGSJFP RESPECTO DE LA FIJACIÓN DE UN DOMICILIO PARA ACTOS DE COMUNICACIÓN

El art. 682.2.2.º LEC exige que el deudor fije en la escritura de hipoteca un domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. **Dicha designación tiene una doble finalidad:** por un lado, proteger al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, y, por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas.

La DGRN/DGSJFP[1] considera que **la omisión o, en su caso, la defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor producirá el efecto de que no podrá utilizarse el procedimiento judicial ni notarial de ejecución hipotecaria.** Es decir, la escritura de constitución de hipoteca no puede ser título hábil para iniciar un procedimiento hipotecario cuando en la misma no figure un domicilio para la realización de actos de comunicación[2], sin perjuicio de poder iniciar una ejecución ordinaria en la que si se quiere sacar el bien hipotecado a subasta deberá solicitarse su embargo[3], teniendo la anotación preventiva de embargo el mismo rango registral que la hipoteca hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, si bien en lo que exceda tendrá su propio rango.

La DGRN/DGSJFP[4] considera **válido que, a efectos de notificaciones, en la escritura de hipoteca se designe más de un domicilio por prestatario.** La expresión "*un domicilio*" del art. 682.2.2.º LEC debe interpretarse, no en el sentido de domicilio único, sino en el de cierto y determinado, sin que tenga que ser necesariamente el domicilio habitual al que se refiere el art. 40 CC. La indicación de distintos domicilios puede facilitar en su día el desarrollo del procedimiento de realización de la hipoteca, no solo cuando el deudor y el hipotecante no sean la misma persona o en el supuesto de pluralidad de hipotecantes de las fincas hipotecadas sino también en casos en que se habiten durante el año distintas viviendas por temporadas. Por ello, no debe haber inconveniente en señalar más de un domicilio para notificaciones y requerimientos si con ello el deudor se entiende suficientemente defendido

[1] Resoluciones de la DGRN de 7 de febrero de 2001; de 9 de julio de 2001; de 14 de enero de 2008; de 30 de junio de 2014; de 3 de junio de 2015; de 6 de marzo de 2019; de 30 de marzo de 2023 y de 9 de mayo de 2023.

[2] AAP Madrid, Sección 14.ª, 143/2011, de 13 de julio (rec. 386/2011).

Sobre este particular: ÁLVAREZ ALARCÓN, A. "El fundamento abusivo del juicio de ejecución hipotecaria". *Práctica de Tribunales* n.º 113, marzo-abril 2015, págs. 65 y ss.).

[3] Autos de las AA. PP. de Alicante, Sección 4.ª, de 16 de junio de 2021 (rec. 619/2020); Barcelona, Sección 17.ª, 120/2024, de 18 de abril.

[4] Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 7 de enero de 2014 y de 30 de marzo de 2023.

y el acreedor considera que se asegura así la posibilidad de realizar eficazmente dicho trámite esencial del procedimiento.

En caso de subrogación de otro acreedor por la vía del art. 1112 CC, al ser una novación modificativa, que no extintiva, se debe entender que se mantienen todos los requisitos y elementos no modificados en la escritura anterior, de manera que **resulta válida la indicación del domicilio del deudor por remisión a la anterior escritura**, dado que, conforme a lo previsto en el art. 1204 CC, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean del todo incompatibles[5].

La DGSJFP[6] **no permite que solo se fije un domicilio en el extranjero**, pues aun cuando en el art. 682.2.2.º LEC no se establece expresamente que dicho domicilio deba estar en España, esta exigencia de que el domicilio fijado esté situado en territorio nacional se aviene con la necesaria agilidad y celeridad de estos procedimientos de realización de la hipoteca, que resultarían dificultados si los requerimientos y notificaciones hubieran de realizarse en territorio extranjero (arts. 20 a 28 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, relativos a los Actos de Notificación y Traslado de Documentos Judiciales y Extrajudiciales). No obstante, reconoce que **ningún inconveniente existe para que pueda fijarse en la escritura, además de un domicilio situado en territorio nacional, otro con carácter simultáneo o subsidiario en territorio extranjero** y de que si la notificación en un domicilio situado en territorio español resulta infructuosa, antes de practicar la comunicación edictal, y para evitar indefensión de los deudores hipotecantes, se intente en un domicilio que resulte en el extranjero.

Por lo demás, la DGSJFP, en la Resolución de 27 de diciembre de 2024, declara que **la reforma operada por RD-Ley 6/2023 en el sistema de notificaciones en la ejecución hipotecaria no ha determinado que, en el caso de personas jurídicas, no sea preciso fijar un domicilio físico y que baste con indicar una dirección de correo electrónico**. Dicha reforma se ha limitado a establecer la obligatoriedad de la comunicación por medios electrónicos respecto de las personas jurídicas y asimilados, pero hay que diferenciar dos supuestos:

-Tratándose de **personas físicas,** deberá fijarse en la escritura de préstamo hipotecario un **domicilio físico** para notificaciones y requerimientos **y, opcionalmente, también un correo electrónico**.

-Tratándose de **personas jurídicas, la fijación de un correo electrónico es obligatoria,** como se desprende del art. 682.2 de la LEC, al disponer (tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre) que los actos de comunicación se practicarán siempre por medios electrónicos cuando sus destinatarios tengan obligación, legal o contractual, de relacionarse con la Administración de Justicia por dichos medios, **pero también es necesario fijar un domicilio físico,** pues del art. 686 de la LEC se infiere que el requerimiento de pago se ha de realizar en un domicilio físico, por lo que, consecuentemente, en la constitución de garantías hipotecarias por personas jurídicas es requisito indispensable, para poder hacer constar en el Registro la posibilidad de ejercicio de la acción hipotecaria por este especial procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados, que en la escritura y en Registro de la Propiedad se haga constar, también, un domicilio físico, además de la dirección electrónica. Si las expresadas notificaciones (la física en el domicilio

[5] AAP Madrid, Sección 9.ª, 170/2012, de 29 de junio (rec. 209/2012).

[6] Resolución de 30 de marzo de 2023 (BOE de 18 de abril de 2023).

y la electrónica en el correo) resultaren infructuosas, la oficina judicial deberá realizar las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio real del deudor.

La DGRN/DGSJFP[7] **ha admitido que el requerimiento se verifique en un domicilio distinto del recogido en la inscripción de hipoteca**, ante la imposibilidad de realizarlo en este.

Además, la DGSJFP[8] considera que, dada la trascendencia que la forma de practicar las notificaciones y requerimientos tiene respecto de la tutela de los derechos fundamentales de los ejecutados, **es preciso, para que el registrador pueda llevar a cabo la esencial función de control de la legalidad** que le encomiendan los arts. 18 y 132 LH, **que las resoluciones procesales especifiquen con suficiente detalle el lugar y la forma en que dicha comunicación se ha realizado**. Consecuentemente, considera que es preciso que por el órgano judicial responsable de la ejecución se aclare si el requerimiento fue realizado en el domicilio que figura a estos efectos en la inscripción de hipoteca, en los términos previstos en el art. 686 LEC, sin perjuicio de que también pueda practicarse en un domicilio distinto del recogido en la inscripción de hipoteca, ante la imposibilidad de realizarlo en este.

De todos modos, en la RDGSJFP de 25 de abril de 2024 (BOE 17/05/2024) se declara que la expresión «*se requirió de pago al ejecutado personalmente en fecha…*», es suficiente para inscribir el decreto de adjudicación, aunque no pueda concluirse, leyendo el resto del decreto, que dicho requerimiento se practicara en el domicilio que consta en la inscripción de hipoteca.

II. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL REQUERIMIENTO DE PAGO

Cuestiones generales

El art. 686 LEC, en sede de procedimiento hipotecario, establece que en el auto por el que se autorice y despache la ejecución (no en el decreto subsiguiente como es la regla general en los procesos de ejecución) se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro aunque si con la demanda se presenta acta notarial de requerimiento de pago con al menos diez días de antelación, no será necesario requerirles de pago, bastando la notificación del auto despachando ejecución y del decreto subsiguiente.

El requerimiento de pago en la ejecución hipotecaria presenta una relevancia suma, de manera que, de no estar debidamente practicado, puede ocasionar la **nulidad de todo el procedimiento con retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la falta**.

Según el art. 132 LH a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, **la calificación del registrador se extenderá**, entre otros extremos, a lo siguiente:

- Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas en el procedimiento.

- Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los

[7] Resolución de la DGRN de 9 de julio de 2015.
[8] Resoluciones de la DGSJFP de 14 de abril de 2023 (BOE de 5 de mayo) y de 27 de diciembre de 2024.

que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

En el caso de que la calificación del Registrador sea negativa, las consecuencias son fatales, habida cuenta de que **no procederá a la inscripción del decreto de adjudicación ni la cancelación de cargas.**

De todos modos, y a pesar de la importancia del requerimiento de pago, esta cuestión se encuentra regulada de manera deficiente en la LEC:

En primer lugar, resulta reprobable que no se establezca el plazo que ha de concederse al ejecutado para que atienda dicho requerimiento.

Bien es cierto que el procedimiento hipotecario se basa en un título ejecutivo extraprocesal y, por ende, pudiera parecer aplicable lo previsto en el art. 581 LEC para los títulos ejecutivos no procesales ni arbitrales ni acuerdos de mediación, pero esta interpretación no nos convence, dado que en el mismo se contempla que, si el deudor no paga en el acto, se procede al "embargo" de sus bienes, lo que en modo alguno resulta posible en la ejecución hipotecaria. De todos modos, hay autores que abogan por esta tesis[9], y también hay quien entiende que se debe conceder el plazo de diez días[10]. **En la práctica forense se colma esta laguna normativa concediendo veinte días para que el ejecutado atienda el requerimiento de pago,** habida cuenta de que, hasta transcurrido dicho plazo contado desde el requerimiento o, en su caso, desde la notificación del procedimiento a la persona no demandada a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio *(tercer poseedor que haya inscrito su derecho después de la demanda pero antes de la expedición de la certificación de cargas)*, no podrá procederse a la subasta (art. 691 LEC).

En segundo lugar, el párrafo segundo del art. 686 de la LEC contiene otro lapsus, pues para el caso de que se hubiera acompañado a la demanda acta notarial de requerimiento de pago con al menos diez días de antelación, y ya no tuviera que realizar dicho requerimiento judicialmente, **se prevé notificar el despacho de ejecución tan solo al deudor, olvidando que pueden existir otros ejecutados como el tercer poseedor y el hipotecante no deudor.**

Con una pésima redacción dicho párrafo prescribe: *"Sin perjuicio de la notificación al **deudor** del despacho de la ejecución, no se practicará el requerimiento a que se refiere el apartado anterior cuando se acredite haberse efectuado extrajudicialmente el requerimiento o requerimientos, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 581"*

---

[9] VV. AA. "Especialidades de la ejecución sobre bienes hipotecados". *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre. 4.ª ed. La Ley, Madrid, 2010.

[10] *Cfr.* PEDRAZ PENALVA, E., y MORAL MORO, M. J. "Comentario al art. 686". *Proceso Civil Práctico. IX.* 4.ª ed., La Ley, Madrid, 2010, pág. 435. En opinión de estos autores, el plazo del requerimiento debe ser 10 días, tanto se lleve a cabo notarial como judicialmente.

CRUZ GALLARDO, B. *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre consumidores. Práctica registral y procesal.* La Ley, Madrid, 2014, págs. 753 y 754. En opinión de este autor, el ejecutado tiene el plazo de 10 días para pagar o alegar cualquiera de los motivos de oposición previstos en el art. 695 LEC.

En tercer lugar, la redacción del párrafo tercero del art. 686 LEC, puede inducir a confusión al prever el requerimiento por medio de edictos, previa averiguación del domicilio del ejecutado, **cuando no pueda realizarse con ninguna de las personas a las que se refiere el apartado anterior (que se refiere al requerimiento notarial), siendo que si el requerimiento lo practica el órgano judicial debería remitirse al art. 161.3 LEC.**

En concreto, dicho párrafo dispone que: "*Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164*".

La expresión que utiliza "*no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior (…)*", es equívoca, pues dicho "*apartado anterior*" se refiere al requerimiento notarial, el cual no resulta aplicable cuando el requerimiento se realiza judicialmente, **por lo que debería decirse "*no pudiendo ser realizado con ninguna de las personas a las que se refiere el art. 161.3 LEC*",** ya que en este se permite practicar la comunicación con cualquier empleado, familiar o persona con la que conviva el interesado, mayor de 14 años, que se encuentre en el lugar, o con el conserje de la finca, mientras que el requerimiento notarial solo se puede efectuar, a falta del interesado, con la persona mayor de edad que se encuentre en el domicilio que manifieste tener con el mismo una relación laboral o personal, y en el caso de que el destinatario sea una persona jurídica, con una persona mayor de edad que se encontrare en el domicilio señalado en el Registro y que forme parte del órgano de administración, que acredite ser representante con facultades suficientes o que actúe notoriamente como persona encargada por la persona jurídica de recibir requerimientos o notificaciones fehacientes en su interés.

En todo caso, debe entenderse que si el requerimiento judicial resulta infructuoso, al no poderse practicar ni con el destinatario ni con ninguna de las personas a las que se pueden entregar los actos de comunicación conforme al art. 161.3 LEC, se debe averiguar el paradero del ejecutado y solo si no se le hallare se le puede requerir por edictos. El TS, en su Sentencia 144/2014, de 13 de marzo (rec. 755/2012)[11], declara la nulidad de actuaciones en un caso en que el requerimiento de pago no se hizo a ninguna de las personas que prevé el art. 161.3 LEC.

Por lo demás, debe entenderse correctamente realizado con uno solo de los cónyuges aunque los dos hayan sido demandados, salvo que estos vivieran separados o no mantuvieran comunicación, operando a este respecto la presunción de convivencia del art. 69 CC, sin que se pueda considerar que se ocasione indefensión a un cónyuge porque el requerimiento se entienda solo con el otro, habida cuenta de que el art. 1383 CC dispone que los cónyuges deben informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya[12]. Además, aun cuando solo uno de los

[11] STS 144/2014, de 13 de marzo (rec. 755/2012): "*La recurrente afirma, en el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, que la sentencia impugnada ha infringido el art. 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en tanto el requerimiento de pago efectuado en el procedimiento hipotecario no se entendió con ninguna de las personas previstas en el segundo apartado de tal precepto o en el art. 161.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que no pudo llegar a la recurrente, que por tanto no pudo atender al requerimiento de pago (…) Se observa que los citados actos de comunicación adolecen de distintas irregularidades, constitutivas de infracciones de las normas que los regulan.* ***El requerimiento de pago no se hizo en ninguna de las personas que prevé el art. 161.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al caso por tratarse del requerimiento judicial previsto en el art. 686.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil***"

[12] STS, Sala Primera, de lo Civil, 1041/2004, de 2 de noviembre (rec. 2748/1998).

cónyuges fuere el ejecutado, también sería válido el requerimiento efectuado con el otro por aplicación del art. 161.3 LEC.

1. Requerimiento al ejecutado practicado por el Procurador del ejecutante

Conforme al art. 152.1 LEC en todo escrito que dé inicio a un procedimiento judicial, de ejecución, o a otra instancia, el solicitante deberá expresar si interesa que todos los actos de comunicación se realicen por su procurador. Los solicitantes podrán, de forma motivada y concurriendo justa causa, pedir la modificación del régimen inicial, procediendo el Letrado de la Administración de Justicia, si lo considera justificado, a realizar los sucesivos actos de comunicación conforme a la nueva petición.

Asimismo, en el art. 539.1 LEC (según la nueva redacción dada por la LO 1/2025) se prevé la posibilidad de que en los supuestos establecidos por la ley, previa solicitud de la parte ejecutante, y a su costa, el juez, jueza o Tribunal pueda acordar que determinadas actuaciones materiales propias del proceso de ejecución sean efectuadas por el profesional de la procura que le represente. De todos modos, según la redacción del art. 543.2 de la LOPJ dada por la LO 1/2025, aun cuando los procuradores pueden también realizar las actuaciones materiales propias del proceso de ejecución, **se excluyen las ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual,** así como las derivadas de procesos en materia de familia, las de desahucio por impago de rentas o cantidades debidas en viviendas habituales y los lanzamientos de ocupantes de finca con posterioridad a la subasta de la misma si esta es vivienda habitual.

A estos efectos, y si el acto de comunicación fuera practicado por dicho profesional, el mismo acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia fehaciente de la recepción, de su fecha, hora y del contenido de lo comunicado. **Cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega,** el procurador que asuma su práctica le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la Oficina Judicial, produciendo los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia (art. 161.2 LEC).

De todos modos, si quien rechaza recoger el acto de comunicación no es el destinatario, sino otra persona que se encuentre en el inmueble (empleado, familiar o persona con la que conviva, mayor de catorce años o conserje de la finca) **el art. 161.3 LEC no da por válido el mismo y habrá que reiterarlo**. En el orden civil no se prevé ninguna sanción si estas personas rechazan recibirlo, a diferencia de en el orden social en que se impone una multa de 20 a 200 euros al receptor si se niega a la recepción o no hace la entrega a la mayor brevedad (art. 57.3 LJS).

En este sentido la Sala Primera del TC, en la Sentencia 118/2021, de 31 de mayo (rec. 2726/2020), estima el amparo en un caso en que el auto despachando ejecución hipotecaria se intentó notificar a los ejecutados en la dirección indicada (que era la que figuraba en la escritura del préstamo hipotecario y en el Registro de la Propiedad), por medio de la procuradora de la entidad bancaria ejecutante. Dicha procuradora localizó la dirección correcta de la vivienda hipotecada, tras el cambio de numeración de la calle, e intentó la notificación del auto despachando ejecución conforme al art. 161 LEC en esa dirección, pero el tercero hallado en el domicilio (la señora de la limpieza), con quien quiso entenderse la diligencia, se negó a identificarse y a recoger la citación. Habiendo resultado negativa la comunicación, el juzgado acordó, sin más averiguaciones, la notificación por edictos. **El TC considera que antes de proceder al emplazamiento por edictos, el órgano judicial debió intentar de nuevo la notificación en el mismo domicilio, a través de los funcionarios de**

auxilio judicial, por cualquier medio que permitiera dejar constancia fehaciente en los autos de esa citación, sin perjuicio de que podía también haber intentado averiguar si se trataba del domicilio real a través de medios fácilmente accesibles como el punto neutro judicial[13].

En todos estos casos, a tenor de lo previsto en el art. 243.2, apartado segundo, de la LEC, no podrán ser incluidos en la tasación de costas los derechos de los procuradores devengados por la realización de este acto procesal de comunicación, al ser una actuación meramente facultativa.

2. Requerimiento de pago por medios telemáticos

El art. 682.2.2.º LEC (tras su reforma por el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre) establece que los actos de comunicación "*se practicarán siempre*" por medios electrónicos cuando sus destinatarios tengan obligación, legal o contractual, de relacionarse con la Administración de Justicia por los mismos.

Asimismo, el art. 582 LEC, en las disposiciones de la ejecución ordinaria dineraria, dispone que "*El requerimiento de pago se efectuará en el domicilio que figure en el título ejecutivo. Podrá también hacerse través de la sede judicial electrónica en el caso de que el ejecutado esté obligado a intervenir con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos".*

Como hemos analizado en líneas anteriores, la DGSJFP[14] considera que **tratándose de personas jurídicas la fijación de una dirección electrónica en la escritura de hipoteca es obligatoria, pero también habrá que hacer constar un domicilio físico** y si ambas notificaciones resultaren infructuosas, la oficina judicial deberá realizar las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio real del deudor para verificar la notificación.

Los arts. 582 y 682.2.2.º LEC, al igual que el art. 155 LEC (en las disposiciones generales relativas a los actos de comunicación), fueron modificados para poder practicar el primer emplazamiento, citación o requerimiento telemáticamente si el destinatario está obligado a utilizar estos medios, **lo que obliga a cambiar la doctrina del Tribunal Constitucional para todos los procedimientos presentados a partir de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-Ley 6/2023 (20 de marzo de 2024).** Esta cuestión fue abordada en la STC 47/2019, de 8 de abril (FF. JJ. 3 y 4), que, en línea con lo anticipado en la STC 6/2019, de 17 de enero (FJ 3), dictada por el Pleno del TC, indicó que, si bien la ley procesal civil impone a las personas jurídicas la obligación general de comunicarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos [art. 273.3 a) de la LEC], **con la redacción entonces vigente no se podía considerar que ello operara para el primer emplazamiento o citación.** En el mismo sentido se pronunciaron otras muchas resoluciones del Tribunal Constitucional que han estimado recursos de amparo por este motivo basadas en la anterior redacción del art. 155 LEC[15].

[13] En similares términos: STC 138/2017, de 27 de noviembre (BOE n.º 7, de 8 de enero de 2018) (ECLI:ES:TC:2017:138).

[14] Resolución de la DGSJFP de 27 de diciembre de 2024.

[15] SSTC 183/2020, de 14 de diciembre (rec. 3096/2019); 30/2021, de 15 de febrero (rec. 7501/2019); 31/2021, de 15 de febrero (rec. 7506/201); 32/2021, de 15 de febrero (rec. 183/2020); 26/2021, de 15 de febrero (rec. 6079/2019); 27/2021, de 15 de febrero (rec. 6087/2019); 28/2021, de 15 de febrero (rec. 6093/2019); 43/2021, de 3 de marzo (rec. 1963/2019); 44/2021, de 3 de marzo (rec. 2535/2019); 46/2021, de 3 de marzo (rec. 3057/2019); 48/2021, de 3 de marzo (rec. 3507/2019); 56/2021, de 15 de marzo; 85/2021, de 19 de abril (rec. 7132/2019); 86/2021, de 19 de abril (rec. 7508/2019); 89/2021, de 19 de abril (rec. 1914/2020); 115/2021, de 31 de mayo (rec. 6089/2019).

Esta cuestión ha sido objeto de modificación y según la actual redacción de art. 155 LEC (reformado también por la LO 1/2025) cuando la **parte venga obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia**, el acto de comunicación se realizará por medios electrónicos de conformidad con el art.162 del mismo texto legal. No obstante, si el acto de comunicación tuviese por objeto el primer emplazamiento o citación (como ocurre es el requerimiento en un procedimiento hipotecario), o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales, y transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se procederá a la comunicación domiciliaria mediante entrega al destinatario en los términos del art.161 LEC y si también esta segunda comunicación resultara infructuosa, se procederá a su publicación en el Tablón Edictal Judicial Único (TEJU) conforme a lo dispuesto en el art. 164 LEC. **No obstante, a nuestro juicio, hay que entender, conforme a la doctrina del TC** -que posteriormente será objeto de nuestro comentario- **que previamente a acudir al TEJU será necesario agotar los medios para averiguar el paradero del ejecutado, matización que se echa en falta que incluya el precepto.**

Por lo demás, **cuando la parte no representada por procurador no venga obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia,** si se trata del primer emplazamiento o citación al demandado, como es el caso que nos ocupa (requerimiento de pago en el procedimiento hipotecario), se podrá practicar por remisión a su domicilio, o en forma telemática en los términos previstos en el art.162 LEC. El acto de comunicación practicado por medios electrónicos producirá plenos efectos procesales solo en el caso de que fuese aceptado voluntariamente por su destinatario. Si puesto a disposición del destinatario en la sede judicial electrónica, no constara la recepción por el destinatario en plazo de tres días, se practicará por remisión al domicilio. A su vez, conforme al art. 158 LEC cuando el destinatario del acto de comunicación no venga obligado legal o contractualmente a relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia y no pudiera acreditarse que ha recibido una comunicación que tenga por finalidad su personación en juicio o la realización o intervención personal en determinadas actuaciones procesales, se procederá a su entrega en la forma establecida en el art. 161 LEC.

3. Requerimiento por edictos

El párrafo tercero del art. 686, añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre[16], establecía (hasta su reforma por la Ley 19/2015, de 13 de julio) que, si no se podía practicar el requerimiento en el domicilio que constaba en el Registro, se debía proceder a ordenar la publicación por edictos. Dicho precepto planteaba la cuestión de si antes de acudir a la vía edictal debían agotarse las averiguaciones establecidas en el art. 156 LEC en aras de localizar el actual paradero del demandado.

[16] Resulta, cuando menos, paradójico que en la reforma de la LEC por la Ley 13/2009, en aras de no causar indefensión al deudor, se excluyera expresamente el requerimiento de pago por edictos en el juicio monitorio, salvo en el monitorio de las comunidades de propietarios del art. 21 LPH (art. 815.1, párrafo segundo, LEC) y que, sin embargo, desconociendo la doctrina del TC, se añadiera un párrafo tercero al art. 686 que pudiera atentar contra el derecho de defensa, puesto que, conforme a la estricta literalidad del mismo, podía iniciarse un procedimiento hipotecario y enajenarse el bien con el absoluto desconocimiento del deudor.

Atendiendo a la literalidad del art. 686.3 LEC, algunas resoluciones de la jurisprudencia menor[17] consideraron que, intentada la notificación en el domicilio designado en la escritura de hipoteca, no se precisaban más averiguaciones, siendo imputable al deudor el no haber avisado de su cambio de domicilio, dada la posibilidad de cambiar el mismo, siguiendo para ello unas estrictas y determinadas reglas (art. 683 LEC).

De todos modos, no era esta la solución que se derivaba de la doctrina del Tribunal Constitucional[18], según la cual el órgano judicial debe averiguar por todos los medios a su alcance el actual paradero del ejecutado.

La STC de 20 de mayo de 2013 (rec. 6076/2012) (BOE de 18 de junio de 2013), declaró que el tenor literal del art. 686.3 LEC presentaba un riesgo de conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE según la interpretación uniforme de dicho tribunal en materia de actos de comunicación y acceso al proceso; no obstante, el TC no lo declaró inconstitucional, sino que consideró que procedía realizar una interpretación *secundum constitutionem* de dicho precepto.

En parecidos términos, la STC, Sala Primera, 126/2014, de 21 de julio (rec. 3652/2012) estableció que, tras las reformas de los arts. 155 y 156 LEC llevadas a cabo por las Leyes 13/2009, de 3 de noviembre, y 19/2009, de 23 de noviembre, no se podía considerar que la LEC no exigiera realizar averiguaciones si el deudor se encontraba en paradero desconocido, ya que la doctrina constitucional en materia de emplazamientos estaba muy consolidada y no podía verse interferida por dichas reformas procesales, las cuales habían de interpretarse integrando su contenido con la doctrina de dicho tribunal relativa a la subsidiariedad de la comunicación edictal.

Afortunadamente, el legislador se hizo eco de dichos postulados y en la reforma de la LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, modificó el art. 686, estableciendo en su párrafo tercero que "*Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior,* ***y realizadas por la Oficina judicial las averiguaciones pertinentes para determinar el domicilio del deudor****, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164*"[19].

De todos modos, a nuestro juicio, la redacción no es muy precisa, dado que solo exige realizar las averiguaciones pertinentes para averiguar el domicilio del "deudor", siendo que

---

[17] Sentencias de las AA. PP. Valencia, Sección 7.ª, de 18 de marzo de 2005 y Madrid, Sección 12.ª, de 12 de marzo de 2004.

Autos de las AA. PP. Valladolid, Sección 3.ª, de 23 de noviembre de 2002; Barcelona, Sección 11.ª, de 24 de enero de 2007, y Almería, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2012.

[18] SSTC 234/1988, de 2 de diciembre; 34/1999, de 22 de marzo; 149/2002, de 15 de julio; 138/2003, de 14 de julio; 245/2006, de 24 de julio ; 40/2005, de 28 de febrero; 293/2005, de 21 de noviembre; 245/2006, de 24 de julio; 162/2004, de 4 de octubre; 104/2008, de 15 de septiembre; 188/2008, de 24 de noviembre; 28/2010, de 27 de abril, y de 20 de mayo de 2013 (rec. 6076/2012) (BOE de 18 de junio de 2013).

[19] Paradójicamente en dicha reforma no se reformó el art. 164.3 LEC el cual sigue diciendo: *"En los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de rentas o cantidades debidas o por expiración legal o contractual del plazo y en los procesos de reclamación de estas rentas o cantidades debidas, cuando no pudiere hallarse al arrendatario ni efectuarle la comunicación al arrendatario en los domicilios designados en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 155, ni hubiese comunicado de forma fehaciente con posterioridad al contrato un nuevo domicilio al arrendador, al que éste no se hubiese opuesto, se procederá, sin más trámites, a realizar la comunicación a través del Tablón Edictal Judicial Único".*

El TC también ha realizado una interpretación *secundum constitutionem* de esta norma (STC 30/2014, de 24 de febrero) exigiendo que ante el resultado infructuoso del intento de emplazamiento, en el domicilio señalado en el contrato, el órgano judicial agote las vías de averiguación para localizar al demandado, antes de acudir a los edictos que tienen siempre carácter subsidiario.

lo correcto es que dijera del "ejecutado", pues el hipotecante no deudor y el tercer poseedor también pueden ser demandados en este proceso, y no sería justo que respecto de ellos no se realizaran las averiguaciones oportunas acerca de su paradero antes de acudir a los edictos.

La notificación subsidiaria por edictos, que prevé el art. 164 LEC para el caso de que no pueda procederse al emplazamiento en el domicilio del demandado, es una notificación ficticia, que no asegura el conocimiento del acto comunicado, y por tanto, **cuando se acude indebidamente a dicha variante de notificación —por no agotar las posibilidades de averiguación del paradero del demandado— se incurre en causa de nulidad de actuaciones al producirse indefensión de la parte**, además de una violación de trámites esenciales del proceso[20].

a. Insuficiencia de consultar únicamente el Punto Neutro Judicial

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional[21] el órgano judicial debe averiguar, por todos los medios a su alcance, el paradero del ejecutado antes de acudir a la vía edictal. Cuando del examen de los autos, o de la documentación aportada por las partes, se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos.

El Letrado de la Administración de Justicia no solo debe averiguar el domicilio a través del Punto Neutro Judicial (*red informática al servicio de la Administración de Justicia, que permite el acceso a los datos que se contienen en diversos registros y organismos públicos)*, **sino que debe asegurarse de que de la documentación presentada no se puede deducir el paradero actual del ejecutado y de que tampoco el demandante posee datos que permitan conocerlo**.

En este sentido, el TC, Sala Segunda, en la Sentencia 32/2020, de 24 de febrero (rec. 4046/2018), estima el recurso de amparo y declara la nulidad de un proceso de ejecución hipotecaria en que se requirió al ejecutado por edictos, siendo que **existía un anterior proceso declarativo sobre nulidad de cláusulas abusivas en el que constaba su domicilio**.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2017, de 18 de septiembre, estima el amparo en un caso en que se procedió a la notificación por edictos a pesar de que en la diligencia negativa de requerimiento practicada en el domicilio que constaba en el título ejecutivo **existía una posible vía de averiguación del domicilio del ejecutado dado que el Presidente de la comunidad de propietarios facilitó el nombre y el teléfono del**

[20] SAP Valencia, Sección 10.ª, 911/2016, de 30 de noviembre (rec. 843/2016), declara la nulidad de actuaciones, dado que antes de acudir a la vía edictal **solo se intentó el emplazamiento de los demandados en horas de mañana, no se dispuso, ni a instancia de parte ni de oficio, la habilitación de horas en la tarde** ni se intentó otra averiguación que la mera manifestación de un vecino.

En similares términos: SAP Madrid, Sección 19.ª, 382/2015, de 26 de noviembre (rec. 620/2015, en un caso en que se emplazó al demandado por edictos sin agotar las posibilidades de averiguación del paradero del demandado que **se hallaba en prisión.**

[21] SSTC 234/1988, de 2 de diciembre; 34/1999, de 22 de marzo; 149/2002, de 15 de julio; 138/2003, de 14 de julio; 245/2006, de 24 de julio; 40/2005, de 28 de febrero; 293/2005, de 21 de noviembre; 245/2006, de 24 de julio; 162/2004, de 4 de octubre; 104/2008, de 15 de septiembre; 188/2008, de 24 de noviembre; 28/2010, de 27 de abril; 122/2013, de 20 de mayo (rec. 6076/2012; 131/2014, de 21 de julio; 89/2015, de 11 de mayo; 151/2016, de 19 de septiembre; 106/2017, de 18 de septiembre; 5/2018, de 22 de enero; 29/2020, de 24 de febrero (rec. 5699/2017); 26/2020, de 24 de febrero; 41/2020, de 9 de marzo; 43/2021, de 3 de marzo; 118/2021, de 31 de mayo; 107/2022, de 26 de septiembre (rec. 824/2017).

administrador de la comunidad, y el juzgado nada hizo para conocer si este tenía conocimiento del paradero del ejecutado[22].

En similares términos, la Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 65/2019, de 31 de enero (rec. 2018/2016), estima un recurso de casación y se declara la nulidad de un procedimiento hipotecario, en un caso en que el recurrente denuncia la infracción de los arts. 225.3 LEC, 238 LOPJ, en relación con los arts. 155, 686 y 691.2 LEC, y la vulneración del art. 24 CE, por no haberle notificado el despacho de ejecución ni la convocatoria de subasta en un domicilio conocido por la parte ejecutante, **al constar que, en comunicaciones extraprocesales, había remitido notificaciones a la sociedad ejecutada y a su administrador en una determinada dirección**, las que fueron recibidas.

De todos modos, tanto el Tribunal Constitucional[23] como el Tribunal Supremo[24] han declarado que **tampoco se puede exigir al órgano judicial una desmedida labor de indagación sobre el paradero del ejecutado,** ya que ello pudiera conducir a la indebida restricción de los derechos de defensa de los restantes personados en el proceso[25]. **El problema, a nuestro modo de ver, es que esta doctrina no matiza qué se debe considerar una investigación "desmedida"** y no hay que olvidar que el TC exige "agotar" las vías de averiguación del paradero del demandado antes de acudir a la comunicación edictal.

En la sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 4 de octubre de 2019 (rec. 1014/2018), **se estima la demanda de responsabilidad patrimonial** dirigida contra la Administración de Justicia **al quedar probado que la comunicación edictal con las partes provocó un grave retraso en la tramitación del proceso hipotecario**[26].

b. Necesidad de averiguar el actual paradero del ejecutado aunque este haya incumplido la obligación de comunicar su nuevo domicilio

El art. 682.2.2.º LEC exige que el deudor fije en la escritura un domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados.

El art. 683 LEC permite que el deudor y el hipotecante no deudor procedan a cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a una serie de reglas[27]. Este cambio de domicilio se hará constar en el Registro

[22] *Cfr.* BERNABÉU PÉREZ, I. C. "La averiguación del domicilio en la ejecución hipotecaria y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de septiembre de 2017". *Práctica de Tribunales* n.º 129, noviembre-diciembre 2017, de 1 de noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

[23] SSTC 126/1999, de 28 de junio; 219/1999, de 29 de noviembre; 82/2000, de 27 de marzo; 113/2001, de 7 de mayo; 241/2006, de 20 de julio; 79/2013 de 8 de abril; 131/2014, de 21 de julio; 83/2018, de 16 de julio; 29/2020, de 24 de febrero.

[24] STS, Sala Primera, de lo Civil, 144/2014, de 13 de marzo, Recurso 755/2012.

[25] En la SAP Valencia, Sec. 10.ª, 417/2021, de 8 de septiembre, Recurso 104/2021: "*La propia parte recurrente alega que el Juzgado debió haber acudido al PNJ y al SCNE, lo que como se ha indicado así resulta haberse hecho, sin que pueda admitirse a los efectos de la pretendida declaración de nulidad de actuaciones, que el Juzgado debió haber acudido a la Oficina de Extranjeros para conocer el paradero de la Sra. Rosario, ya que la misma ostenta la nacionalidad española, o que hubiera debido remitir oficio a la Seguridad Social para solicitar los datos de contacto del Sr. Teodosio, pues no solo no constaba en las actuaciones dato alguno que permitiera presumir la existencia de un contrato laboral y consiguiente alta del codemandado en el sistema de la Seguridad Social, sino que, por el contrario, de los datos que constan en el expediente matrimonial no resulta que el Sr. Teodosio sea titular de tarjeta de residencia y trabajo en España".*

[26] Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 4 de octubre de 2019 (rec. 1014/2018): "***la defectuosa comunicación a los interesados a través del mecanismo edictal, sin agotar las posibilidades reales de comunicación personal, produjo como resultado una pérdida de oportunidad procesal para los interesados, siendo esta pérdida de oportunidad procesal lo indemnizable en este caso, cuya indemnización la Sala cifra en 4.000 €*** *en atención al criterio que ha venido aplicando en precedentes similares al que nos ocupa, lo que determinará la estimación parcial del presente recurso*".

[27] Art. 683 LEC: "*1. El deudor y el hipotecante no deudor podrán cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sujetándose a las reglas siguientes:*

por nota al margen de la inscripción de hipoteca, bien mediante instancia con firma legitimada o ratificada ante el Registrador, bien mediante instancia presentada telemáticamente en el Registro, garantizada con certificado reconocido de firma electrónica, o bien mediante acta notarial (art. 683.2 LEC). **El problema es que aun cuando el ejecutado incumpla dicho deber, ello no justifica poder requerirle por edictos directamente sin averiguar previamente su paradero**.

En este sentido, la STC 200/2016, de 28 de noviembre, **estima el amparo a pesar de que en la escritura de novación de hipoteca se indicó un domicilio a efectos de notificaciones que no correspondía con el que entonces tenía la entidad demandada,** siendo dicha escritura de fecha posterior al cambio social del domicilio, pues el juzgado debió intentar el requerimiento en el domicilio que constaba en el Registro Mercantil, sin embargo al no poderlo practicar en el domicilio que figuraba en la escritura de hipoteca directamente acudió a la vía edictal. El TC recuerda su doctrina, declarada, entre otras, en la STC 126/2014, de 21 de julio, de que la comunicación edictal en todo procedimiento solo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del demandado y cuando el órgano judicial tenga la profunda convicción de que resultan inviables e inútiles otros medios de comunicación procesal.

El requerimiento debe intentarse en primer lugar en el domicilio señalado en la escritura de préstamo hipotecario y consignado en la inscripción de la hipoteca [Resolución DGSJFP de 8 de septiembre de 2022 (BOE de 14 de octubre)]; ahora bien, **si el acreedor tuviere conocimiento de otro domicilio del deudor distinto del que figura en la escritura de la hipoteca y no lo comunicare al órgano judicial, estaría contraviniendo las normas de la buena fe procesal**[28], así como el deber de colaboración con la Administración de Justicia contemplado en el art. 118 CE[29].

Cuando el requerimiento lo practica un notario antes del proceso (lo que exceptuará un requerimiento judicial si ha sido practicado con al menos diez 10 días de antelación) será válido, aun cuando se realice fuera del domicilio que conste en el Registro de la Propiedad, siempre que se haga en la persona del destinatario y, previa su identificación por el notario,

---

1.ª Cuando los bienes hipotecados sean inmuebles, no será necesario el consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado.

Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor.

2.ª Cuando se trate de hipoteca mobiliaria, el domicilio no podrá ser cambiado sin consentimiento del acreedor.

3.ª En caso de hipoteca naval, bastará con poner en conocimiento del acreedor el cambio de domicilio.

En todo caso, será necesario acreditar la notificación fehaciente al acreedor".

[28] AP Cáceres, Sección 1.ª, 672/2020, de 15 de septiembre (rec. 321/2020): "***La demandante reconoce y admite en su escrito de oposición al recurso de apelación formulado de adverso que sabía y conocía el teléfono de la demandada y, sin embargo, no aportó este dato al juzgado impidiendo así su localización —y averiguación de su domicilio—*** *ya fuera mediante comunicación telefónica o remisión de un mensaje SMS. El demandante también podría haber facilitado al juzgado el teléfono de su cuñada y hermana de la demandada a fin de intentar su localización a través de ella, sobre todo cuando se reconoce por la propia actora que la cuñada informó al actor de que había hablado con su hermana, demandada en este procedimiento. Es más que plausible, por último, que el demandante conociera o pudiera llegar a conocer la sucursal bancaria y, por ende, la localidad desde la que la demandada habría retirado los 3.000 €, a fin de dar a conocer este dato y/o circunstancia al juzgado. Con toda esta información el juzgado podría haber ido más allá de lo que es una simple consulta domiciliaria a efectos de la localización de la demandada. El emplazamiento por edictos debe constituir la última medida y en este caso está claro que no lo era. La vulneración de las normas procesales ha causado indefensión a la parte demandada que no ha podido contestar a la demanda ni proponer prueba en defensa de su derecho e intereses legítimos*".

[29] Autos de la AP Baleares, Sección 5.ª, de 25 de octubre de 2007 (rec. 486/2007) y, Sección 16.ª, de 9 de diciembre de 2010 (rec. 546/2009).

con su consentimiento, que será expresado en el acta de requerimiento o notificación (art. 686.2, párrafo tercero, LEC).

c. La problemática de que el ejecutado tenga su domicilio en el extranjero

Como hemos puesto de manifiesto *supra*, la DGSJFP[30] ha declarado que en la escritura de hipoteca **no se puede señalar a los efectos de actos de comunicación un domicilio en el extranjero**, aunque reconoce que **ningún inconveniente existe para que pueda fijarse en la escritura, además de un domicilio situado en territorio nacional, otro con carácter simultáneo o subsidiario en territorio extranjero** y de que si la notificación en un domicilio situado en territorio español resulta infructuosa, antes de practicar la comunicación edictal y para evitar indefensión de los deudores hipotecantes, se intente en un domicilio que resulte en el extranjero.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 6/2017, de 16 de enero (BOE n.º 46, de 23 de febrero de 2017) (ECLI:ES:TC:2017:6) versa sobre un supuesto en que, resultando infructuoso el único intento de notificación personal del ejecutado en el domicilio vigente según el Registro de la Propiedad, el juzgado sin más trámite acordó el requerimiento de pago por edictos, pese a que constaba un domicilio en el Principado de Andorra. El órgano judicial no intentó llevar a cabo ninguna notificación en el mismo, como tampoco intentó averiguar, por cualquier medio a su alcance, otro domicilio en que poder emplazar al ejecutado. **El TC estima el amparo dado que considera que los mecanismos de cooperación judicial entre España y el Principado de Andorra no entrañaban un despliegue de actividad desmesurado que excediera de lo razonable**, ello con independencia de que dicho factor tampoco fue considerado por el juzgado como *ratio decidendi* de su decisión.

4. Casos en que un requerimiento indebidamente practicado no es causa de nulidad

El art. 166.1 LEC sanciona con nulidad los actos de comunicación que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en la ley y puedan causar indefensión. No obstante, cuando, pese al defecto, un acto de comunicación viciado de nulidad llegue a conocimiento de su destinatario, este puede, o bien darlo por válido y conservar las actuaciones (art. 166.2 LEC), o bien impugnarlo cuando haya sufrido un menoscabo procesal. **Lo que no procede es dejar que las actuaciones avancen sin hacer notar la falta y, posteriormente, cuando a la parte le interese, pretender la declaración de nulidad de un acto de comunicación que, si bien inicialmente fue nulo, luego ha quedado subsanado**[31].

En este sentido el TC, Sala Segunda, en la Sentencia 116/2021, de 31 de mayo (rec. 1619-2020), resuelve un recurso de amparo en que la entidad ejecutada, a pesar de tener conocimiento del procedimiento de ejecución e incluso de la convocatoria de la subasta de un bien de su propiedad, no se personó formalmente en las actuaciones, mediante procurador y abogado, hasta mucho después de haberse adjudicado el bien en pública subasta y puesto en posesión del adjudicatario, a los únicos efectos de interponer un incidente de nulidad de actuaciones. La situación de indefensión alegada por la entidad recurrente, como lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se considera imputable a su propia conducta, y no a una infracción del deber de diligencia del órgano judicial, lo que determina la desestimación del recurso de amparo.

[30] Resolución de la DGSJFP de 30 de marzo de 2023 (BOE de 18 de abril de 2023).

[31] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sección 1.ª, 171/2019, de 20 de marzo.

Para que proceda la nulidad de actuaciones a consecuencia de la irregularidad de un acto de comunicación, debe afectar al derecho de defensa de la parte que lo alega[32]. La indefensión de alcance constitucional es distinta de la indefensión meramente procesal, habida cuenta de que una transgresión de las normas formales, configuradas como garantía, es un factor necesario e inexcusable, pero no resulta suficiente para diagnosticar la indefensión con trascendencia constitucional. **La indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE, no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes ni, en consecuencia, indefensión**. De este modo, no basta con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, tales como las que rigen el primer emplazamiento, requerimiento o citación de los demandados, sino que es necesaria la concurrencia de otros requisitos:

— Por un lado, **la indefensión ha de ser efectiva y no meramente formal**, lo que implica que el defecto procesal haya supuesto un perjuicio real para el litigante en sus posibilidades de defensa[33]. Se le ha de privar de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable principio de contradicción[34].

— Por otro lado, **no se produce indefensión cuando la omisión o frustración de los actos de comunicación procesal obedecen a la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses**, bien porque se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva[35], bien cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio.

Es necesario que la indefensión padecida no obedezca a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado, pues si tiene conocimiento por cualquier medio, aunque sea ajeno al proceso, de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento[36], ya que está vedado que sostenga una denuncia constitucional de indefensión quien, por su actitud pasiva o negligente, coadyuvó a su producción al no comparecer estando a tiempo de hacerlo[37].

---

[32] El TS, Sala Primera, en la Sentencia 144/2014, de 13 de marzo (rec. 755/2012).

[33] SAP Cantabria, Sección 2.ª, 67/2022, de 2 de febrero (rec. 23/2021): "*Concurren en este caso palmarios defectos formales en el emplazamiento, pero tales deficiencias no han impedido a la parte conocer la existencia del procedimiento ni el concreto alcance de las acciones contra ella ejercitadas, estando, por tanto, en disposición de personarse en forma en la instancia, de formular contestación y de practicar la prueba necesaria para acreditar sus motivos de oposición al pago.* ***No ha existido efectiva indefensión porque la pérdida de las oportunidades de alegación y prueba nada tiene que ver con la inobservancia de las formalidades exigidas en los convenios que se invocan, sino con la pasividad de la propia entidad demandada***".

[34] STC 95/2020, de 20 de julio de 2020 (rec. de amparo 3695/2019).

[35] SSAP Álava, Sección 1.ª, 366/2016, de 21 de noviembre (rec. 516/2016): Vizcaya, Sección 4.ª, 938/2019, de 6 de junio (rec. 1912/2018); Girona, Sección 1.ª, 1222/2020, de 23 de octubre (rec. 615/2020); Madrid, Sección 13.ª, 23/2022, de 27 de enero (rec. 472/2021).

[36] En la STS 89/2020, de 6 de febrero (rec. 2362/2017), no se declara la nulidad de actuaciones en un caso en que habiendo sido notificada la demanda ejecutiva y requerido de pago el ejecutado correctamente en el domicilio que constaba en el Registro de la Propiedad, posteriormente la notificación de la resolución convocando la subasta en dicho domicilio por correo certificado resulta negativa por «*Ausente reparto. No retirado*». El TS considera que no hay infracción de la norma aplicable, pues la notificación de la subasta se practicó conforme a las previsiones del art. 691.2 LEC, en la redacción vigente al momento de tramitarse el proceso (anterior a la reforma de la LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio), según el cual el señalamiento de la subasta se había de notificar al deudor en el domicilio que constaba en el Registro, o en su caso, en la forma en que se había practicado el requerimiento conforme al art. 686 LEC. **El TS considera que el posible perjuicio sufrido es imputable al propio recurrente, quien se desentendió de la marcha del procedimiento, pues tras ser requerido de pago, no compareció en el proceso y no recogió el aviso de notificación que le remitió el juzgado, relativo al señalamiento de la subasta, en la finca hipotecada**, lugar que expresamente admitió como idóneo para la práctica de las diligencias relacionadas con la ejecución hipotecaria, y en la que recibió el citado requerimiento previo y la posterior notificación del decreto aprobatorio del remate.

[37] SSTC 101/1990, de 4 de julio, y 149/2002, de 15 de julio. SSTS, Sala de lo Civil, 1159/2004, de 3 de diciembre, y 144/2014, de 13 de marzo (rec. 755/2012).

La Sala Primera del TS, en la Sentencia 493/2022, de 22 de junio (rec. 5557/2021), **ha declarado que la naturaleza recepticia, que corresponde a toda notificación o requerimiento, legalmente practicado, exige la colaboración del destinatario, en el sentido de que admita y no obstaculice intencionada o negligentemente su recepción**, de manera tal que la frustración de su práctica no responda a causas que le sean directamente imputables.

No existirá indefensión, lesiva del art. 24.1 CE, si de las actuaciones se deduce que quien la denuncia no ha observado la debida diligencia en la defensa de sus derechos, de modo tal que la indefensión alegada sea consecuencia del desinterés, la negligencia, el error técnico o impericia de la parte o profesionales que la representen o defiendan[38], ya que la indefensión no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino solamente con aquella situación en la que el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional[39].

Incumbe a la parte que la alegue justificar que la indefensión es real, y ponerla en relación con el caso concreto y con los términos del debate, no siendo suficiente con acudir a genéricas y vagas argumentaciones sobre la pérdida de oportunidades procesales. La indefensión consiste en la privación o limitación, no imputable al justiciable, de cualesquiera medios legítimos de defensa, y la hay siempre que falte una plena posibilidad de contradicción[40].

De todos modos, como ponen de relieve el Tribunal Supremo[41] y la DGSJFP[42], con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional[43], **el conocimiento tardío de la existencia del procedimiento no puede subsanar el defecto en el emplazamiento**.

III. NECESIDAD DE NOTIFICAR LA CONVOCATORIA DE SUBASTA AL EJECUTADO AUN CUANDO NO ESTÉ PERSONADO

La Ley orgánica 1/2025, acertadamente, ha eliminado del art. 645.1 LEC la referencia a que el anuncio en el BOE sirve de notificación al ejecutado no personado, ya que dicha previsión normativa (incluida por la Ley 19/2015, de 13 de julio), le podía causar autentica indefensión dado que el ciudadano medio no consulta normalmente dicho periódico oficial, y aun cuando lo consulte, hay que tener en cuenta que en dicho anuncio ni siquiera se identifica el bien que se subasta ni su propietario, por lo que es difícil enterarse por este medio de que un bien propio va a ser subastado[44].

---

[38] SSTC 79/2021, de 19 de abril, y 116/2021, de 31 de mayo.

[39] STC 95/2020, de 20 de julio.

[40] STS 141/2011, de 3 de marzo (rec. 1865/2007).

[41] SSTS, Sala Primera, 612/2008, de 20 de junio (rec. 449/2002).

[42] Resolución de la DGRN de 30 de agosto de 2013.

[43] STC 101/1990, 4 de junio (rec. de amparo 508/1988): "*En consecuencia, se ha repetido en numerosas ocasiones que solo puede hablarse de indefensión imputable al órgano judicial en los supuestos en que una de las partes no haya sido emplazada o citada, quedando fuera del procedimiento, cuando dicha parte no haya tenido tampoco conocimiento extraprocesal de la tramitación del juicio. En efecto, tal requisito es indispensable para que se pueda hablar de indefensión material y no de un mero defecto procesal. Pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses la obliga a personarse en el procedimiento, subsanando así la posible infracción cometida por el órgano judicial [entre muchas,* SSTC 48/1984 *(fundamento jurídico 1.º) y 93/1987 (fundamento jurídico 2.º)]. **Solo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión***".

[44] *Cfr.* FONT DE MORA RULLÁN, J. "El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC". *Diario La Ley*, Nº 9203, Sección Tribuna, 23 de Mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer. Este autor puso de manifiesto que el problema no es solo que se utilizara la cuestionable técnica de publicación del anuncio de subasta en el BOE. como método de notificación, sino que lo especialmente preocupante era que esa publicación resultaba del todo ineficaz a los efectos de que el interesado pudiera llegar a tener noticia de que se ha iniciado el proceso de venta forzosa sobre sus bienes, pues resulta que el anuncio que se publica en el Boletín no contiene los datos básicos e indispensables para identificar a las partes ni el bien a subastar, por lo que incluso en el hipotético

El vigente art. 644 LEC establece que la notificación al ejecutado no personado del decreto convocando la subasta deberá practicarse en la forma prevista en el art. 155 de la LEC, es decir, conforme a las reglas generales de los actos de comunicación. **De todos modos, el inicio de la subasta y su resultado no va a serle notificado personalmente, sino que será facilitado por el Portal de Subastas, teniendo la posibilidad de registrarse como usuario y utilizar su sistema de alertas**.

La anterior redacción del art. 645.1 de la LEC planteaba serias dudas de constitucionalidad[45]. El TC, Sala Primera, 126/2014, en la sentencia de 21 de julio (rec. 3652/2012) declaró que, dada la finalidad y relevancia del trámite, la comunicación de la subasta, por exigencias del art. 24.1 CE, tiene que realizarse en la forma que garantice su efectividad si es posible hacerlo porque se conozca el domicilio del interesado[46].

Asimismo, el TS en la sentencia 144/2014, de 13 de marzo (rec. 755/2012)[47] consideró la notificación de la subasta al ejecutado como un acto de comunicación esencial.

Por todo ello, resulta loable que el legislador, se haya dado cuenta de esta deficiencia legal que afectaba directamente al derecho de defensa aunque resulta reprobable que haya tardado casi 10 años en enmendarla.

IV. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

El art. 686.1 LEC establece que en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro.

Sin perjuicio de lo que será objeto de nuestro análisis en líneas posteriores, de los términos legales se infiere que la demanda ejecutiva se dirigirá, o bien únicamente contra el deudor (si es el dueño de los bienes hipotecados), o bien contra el deudor y el hipotecante no deudor (si no coincidiera la persona titular de la deuda con la propietaria de los bienes hipotecados), o bien contra el deudor y el tercer poseedor (en el caso de que, después de constituirse la hipoteca, un tercero hubiera adquirido el bien hipotecado sin subrogarse en la deuda, habiendo acreditado su adquisición al acreedor). Ahora bien, **si el tercer poseedor tan solo hubiere adquirido el usufructo o la nuda propiedad, conservando el hipotecante no deudor el correlativo derecho sobre el bien**, la demanda ejecutiva habrá de dirigirse, además de contra el deudor, contra el tercer poseedor y contra el hipotecante no deudor.

---

supuesto de que el demandado llegara a consultar su nombre o la dirección del bien de su titularidad en cualquiera de los buscadores de internet, no obtendría ninguna información de utilidad o relevante a tales efectos.

[45] *Cfr.* GARCÍA SOLER, E. "La notificación de la subasta judicial al ejecutado no personado". *Diario La Ley* n.º 8674, Sección Tribuna, 4 de enero de 2016, ref. D-3 (La Ley 7924/2015).

BERNABÉU PÉREZ, I.C. "La notificación al ejecutado personado de la subasta electrónica. La ruptura del principio de igualdad". *Práctica de Tribunales* nº 124, enero-febrero 2017, Nº 124, 1 de ene. de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

[46] STC, Sala Primera, 126/2014, de 21 de julio (rec. 3652/2012): "*La defectuosa notificación llevada a cabo por el Juzgado les ocasionó una situación de indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. La anterior conclusión no resulta alterada por el hecho de que los demandantes hubieran tenido conocimiento, dos años atrás, de la existencia del procedimiento, y que hubieran decidido no personarse. Es cierto que los demandantes de amparo no intervinieron en ningún momento en el proceso.* ***Pero, al margen de ello, no puede llegarse a la conclusión de que no hubiera que notificárseles las incidencias que les pudieran afectar y, por lo que ahora importa, la celebración de la subasta (...).*** *En este caso, dada la finalidad y relevancia del trámite, esta comunicación, por exigencias del art. 24.1 CE, tiene que realizarse en forma que garantice su efectividad si, como es el caso, es posible hacerlo porque se conozca el domicilio del interesado, y no a través de un acto ficticio de comunicación como es la notificación edictal "(STC 104/2008, 15 de septiembre, FJ 4)".*

[47] Véase comentario de esta sentencia: CALLEJO CARRIÓN, S y DE PRADA RODRIGUEZ, M. "El requerimiento de pago en el proceso de ejecución hipotecaria (A propósito de la STS de 13 de marzo de 2014)". *Actualidad civil* n.º 2, febrero 2015, Nº 2, 1 de feb. de 2015, Editorial Wolters Kluwer.

El art. 686 LEC plantea numerosas cuestiones conflictivas a las que va a darse respuesta en líneas posteriores:

1. Deudor fallecido y herederos desconocidos

Se viene aceptando dirigir la ejecución hipotecaria frente a la herencia yacente de un deudor hipotecario en el caso de que este hubiera fallecido[48]. La herencia yacente carece de personalidad jurídica, aunque por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales puede ser demandada y, en su caso, requerida de pago. Asimismo, el emplazamiento de la herencia yacente puede efectuarse a través del llamamiento de los herederos desconocidos, ignorados, inciertos de una persona determinada, **en cuyo caso será necesario haber demandado a algún posible llamado a la herencia, sin que baste el llamamiento genérico por edictos a herederos ignorados**.

El ordinal cuarto del art. 6.1 LEC reconoce capacidad para ser parte a "*las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular*", entre los que se encuentra la herencia yacente. Por su parte, el art. 7.5 establece que las masas patrimoniales o patrimonios separados a los que se reconoce capacidad para ser parte comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la Ley, los administren.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de la DGRN/DGSJFP[49] como regla general – y con las matizaciones que analizaremos con posterioridad- **impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los arts. 795 y ss. LEC, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente.**

La suspensión de la inscripción del decreto de adjudicación por falta de tracto sucesivo, cuando no se haya verificado el nombramiento de administrador, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente[50].

Se admite incluso el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, cuando no se haya acreditado su condición de heredero ni su aceptación de la herencia[51].

---

[48] Autos de las AA. PP. Barcelona, Sección 17.ª, 217/2013, de 12 de noviembre (rec. 272/2013); Barcelona, Sección 13.ª, 287/2015, de 8 de octubre (rec. 582/2015); Las Palmas, Sección 5.ª, 309/2015, de 26 de noviembre (rec. 105/2015); Castellón, Sección 3.ª, 49/2016, de 18 de febrero (rec. 736/2015); Córdoba, Sección 1.ª, 271/2016, de 13 de junio (rec. 356/2016), y Barcelona, Sección 1.ª, 213/2016, de 6 de junio (rec. 1024/2015).

No obstante, esta cuestión no es pacífica; así, el Auto 3/2012, de 12 de enero (rec. 427/2009), dictado por la Sección 21.ª de la AP de Madrid (con cita de los Autos de la Sección 19.ª de la AP de Barcelona de 31 de octubre de 2006 y de la Sección 11.ª de la AP Madrid de 30 de mayo de 2007), viene a sustentar la tesis de que no procede seguir la ejecución hipotecaria frente a la herencia yacente del deudor hipotecario fallecido antes de la presentación de la demanda ejecutiva, puesto que el procedimiento hipotecario es un proceso especial en el que hay que requerir de pago al ejecutado, y ello resulta imposible cuando aquel hubiere fallecido.

[49] Resoluciones de la DGRN de 27 de mayo y de 12 de julio de 2013; de 8 de mayo de 2014; de 5 de marzo de 2015; de 15 de noviembre de 2016; de 12 de diciembre de 2018 y de 23 de septiembre de 2019.

[50] Resoluciones de la DGRN de 3 de octubre de 2011 (BOE de 26 de diciembre de 2011) y de 23 de septiembre de 2019 (BOE de 13 de noviembre de 2019).

[51] Resoluciones de la DGRN de 27 de julio de 2010 (BOE, n.º 228, de 20 de septiembre de 2010); 15 de noviembre de 2016, y de 9 de julio de 2018 (BOE n.º 178, de 24 de julio de 2018).

La DGRN/DGSJFP[52] considera que si la renuncia de los herederos ha tenido lugar con anterioridad a su intervención en el procedimiento ya no representan los intereses de la herencia a la que previamente habían renunciado, por lo que, en principio, habrá que nombrar un administrador judicial que pueda velar por tales intereses; sin embargo**, si han renunciado a la herencia después de iniciarse el procedimiento y consta que han tenido intervención, resulta posible la inscripción del decreto de adjudicación en el Registro**.

No obstante, **en el caso de ser varios los deudores, si ha fallecido uno antes del procedimiento, no resulta suficiente con demandar a los otros, también deudores y posibles herederos de aquel, si no consta que estos intervienen en el procedimiento también como interesados en su herencia**[53].

El ejecutante debe proporcionar cuantos datos tenga para facilitar la localización y aviso de los familiares en cuyo entorno normalmente se encontrarán los herederos, hayan aceptado o no, teniendo también un deber el órgano jurisdiccional de agotar las posibilidades de localizar al entorno familiar.

El TS, en la Sentencia 141/2011, de 3 de marzo (rec. 1865/2007), estima un recurso extraordinario por infracción procesal en un caso en que se efectuó el emplazamiento por edictos de los desconocidos herederos demandados sin intentar averiguación previa sobre su identidad y domicilio, aunque con la demanda se aportaron datos que podían abrir una vía de localización, como el último domicilio de los fallecidos y sus datos personales, obrantes en las certificaciones de defunción, que ofrecían la posibilidad de identificar a los posibles herederos y su paradero, ya que aunque la herencia yacente sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

De todos modos, el TS en la Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, 590/2021, de 9 de septiembre (rec. 2833/2018), excluye la necesidad de nombramiento de administrador, pese a que no se localice a ningún representante de la herencia yacente, siempre que se agoten las averiguaciones para su localización y conste que se ha dado traslado a la Administración Pública competente al producirse el llamamiento legal en último lugar a su favor. La DGSJFP[54] también secunda esta doctrina entendiendo que cuando no se tenga indicio alguno de la existencia de herederos interesados en la herencia yacente (casos de personas que han fallecido sin testamento y sin parientes conocidos con derecho a la sucesión intestada), además de emplazar a los ignorados herederos por edictos, basta con comunicar al Estado o a la Comunidad Autónoma llamada a la sucesión intestada, la pendencia del proceso, conforme al art. 150.2 LEC.

2. Deudores solidarios

La DGSJFP[55] considera que: "***El requerimiento de pago es necesario efectuarlo a todos los deudores, además de al hipotecante no deudor y tercer poseedor si los hubiere, cualquiera que sea la relación de mancomunidad o solidaridad que mantengan respecto al***

[52] Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 15 de noviembre de 2016; de 12 de diciembre de 2018 y de 23 de julio de 2021.

[53] Resolución de la DGRN de 6 de marzo de 2019.

[54] Resoluciones de la DGSJFP de 14 de octubre de 2021 (BOE de 12 de noviembre de 2021); de 25 de octubre de 2021 (BOE de 22 de noviembre de 2021); de 2 de diciembre de 2022 (BOE de 20 de diciembre de 2022) y de 25 de julio de 2023.

[55] Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 7 de julio de 2017; 19 de julio de 2022 (BOE 4 de agosto).

***crédito**, sin perjuicio de que en este último caso la demanda pueda interponerse contra cualquiera de ellos según el artículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*'.

3. Deudor que no es propietario del bien hipotecado

En el procedimiento hipotecario se ejercita una acción real, es decir, solo se procede contra el bien dado en garantía, lo que suscita el problema de si habrá que demandar al deudor, cuando este no es propietario del bien hipotecado, dado que el apremio no le afecta ni en este proceso se puede proceder contra ningún otro bien de su patrimonio.

A nuestro juicio, lo oportuno es demandarle, pues así se infiere del art. 685.1 LEC que exige dirigir la demanda ejecutiva contra el deudor sin diferenciar si es o no titular del bien hipotecado; asimismo, el art. 686.1 del mismo texto legal dispone la necesidad de requerirle de pago judicialmente, salvo que con la demanda se presente acta notarial que acredite que se le ha requerido de pago con al menos diez días de antelación. Además, el art. 132.1.º LH establece que, a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar a los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, la calificación del Registrador se extenderá a que se ha demandado y requerido de pago, en el domicilio designado, al deudor. El contenido de estas normas es claro, siendo especialmente significativo el uso de la palabra "deberá" que utiliza el art. 685 LEC, dado que no se trata de una opción sino de una obligación.

Tales preceptos, interpretados literalmente (art. 3.1 CC), llevan a concluir que si no se demanda al deudor, se incurre en una infracción de un trámite esencial del procedimiento que puede dar lugar a su nulidad, habida cuenta de que la deuda nunca puede desligarse de la hipoteca, pues esta constituye un derecho real de garantía que no puede operar en abstracto, desvinculada de la obligación que garantiza. A lo que se une que es el deudor el que se encuentra en las mejores condiciones para oponerse a la ejecución por conocer si el saldo que se ejecuta como principal es debido o si lo es la cantidad reclamada por intereses, pudiendo también pagar la deuda, como obligado, extinguiendo la obligación[56].

De todos modos, **tampoco se puede obviar que el Tribunal Supremo** (refiriéndose a una ejecución sujeta al art. 131 LH), **en la Sentencia de la Sala de lo Civil 770/2014, de 12 de enero (rec. 2820/2001) declaró que lo importante es que el deudor no hipotecante fuera requerido de pago, aunque no hubiera sido demandado**. En concreto, en esta resolución se pronunció en los siguientes términos: "*Aunque doctrinalmente al interpretarse los preceptos que regulaban este procedimiento se tendía a comprender bajo el concepto de deudor no solo al obligado al pago personal sino también al tercer adquirente y al hipotecante, agrupando a todos como parte pasiva del mismo, sin embargo, por la naturaleza de la acción ejercitada, solo lo será el hipotecante de los bienes. Ello no empece para que el obligado principal al pago de la deuda sea requerido de pago necesariamente en este procedimiento, a fin de que evite con el cumplimiento de aquel la realización de los bienes afectos.* ***Pero la demanda que persigue la realización de estos no tiene por qué dirigirse contra el mismo y sí solo contra el propietario registral****, por ser el sujeto pasivo de la obligación garantizada por este especial derecho real*". En similar sentido, se pronuncia alguna resolución de la jurisprudencia menor, esgrimiendo similares argumentos[57].

[56] Autos de las AA. PP. Madrid, Sección 19.ª, 171/2009, de 26 de junio (rec. 325/2009), y, Sección 12.ª, 768/2012, de 12 de diciembre (rec. 254/2012); Valencia, Sección 6.ª, 45/2015, de 3 de marzo (rec. 573/2014); Vizcaya, Sección 5.ª, 77/2019, de 26 de junio (rec. 470/2018).

[57] AAP Sevilla, Sección 5.ª, de 16 de octubre de 2012 (rollo 5932/2012).

Por lo demás, la DGRN/DGSJFP entiende que **aunque el registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento hipotecario, si se hubiera dictado una resolución judicial firme declarando la improcedencia de dirigir contra él la demanda ejecutiva, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al art. 100 RH**[58].

--- Supuesto en que el deudor ha sido declarado en concurso, cuando el bien pertenezca a un hipotecante no deudor

Procede preguntarse si habrá que demandar en el procedimiento hipotecario al deudor y, en su caso, requerirle de pago, cuando no sea el dueño del bien hipotecado y, además, esté declarado en concurso.

Parte de la jurisprudencia menor[59] **considera que lo más oportuno es demandarle**, entendiendo que el hecho de que el deudor esté en concurso no presenta relevancia alguna, ya que la ejecución se dirige contra un bien que no es de su propiedad, **pues aunque ciertamente no podrá pagar al margen del concurso, sí podría ejercitar su derecho de defensa, oponiéndose a la ejecución** (art. 695.1 LEC) y alegando, en su caso, cláusulas abusivas que fundamenten la ejecución o que hubieren determinado la cantidad exigible (art. 695.1.4.ª). En igual sentido, parte de la doctrina[60] entiende que la demanda de ejecución hipotecaria deberá dirigirse frente al deudor concursado y el hipotecante no deudor, aunque no exista posibilidad de dirigir contra el primero ninguna actuación ejecutiva frente a su patrimonio, cuya competencia es exclusiva y excluyente del órgano judicial que tramita el concurso; ahora bien, una vez subastado el bien del hipotecante no deudor, el acreedor no podrá continuar la ejecución, *ex* art. 579 LEC, por el resto del crédito no cobrado contra el deudor concursado.

No obstante, otras resoluciones entienden que el hecho de que el deudor esté declarado en concurso, convierte su presencia en el proceso hipotecario prácticamente en una formalidad vacía de contenido puesto que la reclamación del banco acreedor contra él se está ya ejecutando en el seno del proceso universal**, por lo que un eventual requerimiento de pago en el proceso hipotecario, no solo sería irrelevante sino también incoherente e inatendible,** y lo mismo cabe decir de una eventual continuidad del proceso por la diferencia no satisfecha con la garantía la ejecución hipotecaria. Se considera que **carece de sentido**

[58] Resolución de la DGRN de 2 de agosto de 2016: "*Sentado lo anterior, en el presente caso, ante la inadmisión de la demanda contra el deudor y de requerimiento de pago al mismo, decisión que no fue recurrida por el ejecutante y sin que conste que el hipotecante no deudor, haya hecho ninguna alegación, se ha continuado el procedimiento, y, una vez recaída la pertinente calificación del registrador en la que señalaba la falta de demanda y de requerimiento de pago al deudor,* ***se ha desestimado íntegramente, mediante el auto de 19 de junio de 2014 a que se ha hecho referencia en el primer fundamento, la solicitud de nulidad de actuaciones efectuada por el ejecutante dando lugar a la firmeza de la ejecución y por lo tanto a la adjudicación de ella dimanante.*** *(…)*

Porque si bien el registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, ***una vez una resolución judicial firme decide sobre su improcedencia, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario***".

[59] Autos de las AA. PP. La Rioja, Sección 1.ª, 40/2018, de 19 de marzo (rec. 102/2017), y Vizcaya, Sección 5.ª, 77/2019, de 26 de junio (rec. 470/2018).

[60] Cfr. DE LA MORENA, G., y DE LA MORENA, A. "Hipotecante no deudor, tercer poseedor y deudor con responsabilidad limitada". Disponible en: https://insolvia.es/adjuntos/20190609%20HIPOTECANTE%20NO%20DEUDOR.pdf.

despachar una ejecución hipotecaria contra un deudor concursado no hipotecante, máxime cuando la normativa concursal justifica que no se haga[61].

Asimismo, la DGRN/DGSJFP[62] declara que, la falta de requerimiento de pago al deudor podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor continuar el procedimiento contra el mismo respecto a otros bienes si no se hubiera satisfecho totalmente la deuda, pues faltaría el presupuesto para ello, que es la reclamación contra el mismo dentro del procedimiento de ejecución, pero esto sería ajeno a la inscripción de la adjudicación de un bien propio del hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo y cuyo bien es ajeno al deudor y al ejercicio de la acción real hipotecaria

El hecho de que el deudor se encuentre declarado en concurso, pero no el hipotecante no deudor, en modo alguno presenta relevancia para la sustanciación del procedimiento hipotecario y la subasta del bien[63], puesto que si la propia legislación concursal admite la iniciación o prosecución del procedimiento cuando se hallan hipotecados bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 146 TRLC), cuanto más en el caso de que tales bienes sean del todo ajenos a la masa por ser de titularidad de un tercero[64]. **Si está declarado en concurso el deudor, pero no el hipotecante propietario de la finca que sirve de garantía a dicho crédito, al ser esta propiedad de un tercero, está excluida de su activo y de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso** que tampoco tendrá competencia para la eventual ejecución de la garantía que deberá seguirse ante el órgano judicial que corresponda según las normas procedimentales generales, sin perjuicio, naturalmente, de que el resultado de esa ejecución tenga las consecuencias correspondientes en el procedimiento concursal del deudor[65]. Por lo demás, **el juez del**

---

[61] AAP Barcelona, Sección 16.ª, 236/2013, de 15 de octubre: "*Ocurre que el hecho de que el deudor esté sujeto a un proceso concursal, convertiría su presencia en este proceso hipotecario prácticamente en una formalidad vacía. La reclamación del banco contra Perfilart se está ya ejecutando en el seno del proceso universal por lo que un eventual requerimiento de pago en el proceso hipotecario no solo sería irrelevante sino también incoherente e inatendible y lo mismo cabe decir de una eventual continuidad del proceso por la diferencia no satisfecha con la garantía la ejecución hipotecaria. En cualquier caso, el art. 55.1 de la Ley Cambiaria establece que, "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares…contra el patrimonio del deudor", añadiendo el apartado 3 del mismo precepto que "las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en apartados 1 y 2 serán nulas de pleno derecho". **No es solo pues que carezca de sentido despachar una ejecución hipotecaria contra un deudor concursado no hipotecante, es que la normativa concursal más bien justifica que no se haga**".

AAP Córdoba, Sección 1.ª, 308/2015, de 17 de junio: "*Conforme a lo expuesto, la demanda ejecutiva debería haberse dirigido contra la deudora, "Cocipesca, S. L.", y contra la hipotecante no deudora (titular de los inmuebles hipotecados), Dña. Gabriela. **Sin embargo, encontrándose a la fecha de presentación de la demanda dicha compañía mercantil deudora en concurso de acreedores, no era posible dirigir la ejecución contra ella,** conforme al artículo 55.1 de la Ley Concursal, **por lo que la única legitimada posible era la mencionada hipotecante no deudora**. Sin que se plantee propiamente situación de litisconsorcio pasivo necesario, como se afirma en el recurso de apelación, puesto que los títulos de responsabilidad frente a la entidad acreedora son diferentes, ya que "Cocipesca, S. L." responde a título personal o contractual, como prestataria; mientras que la obligación de la apelante es de carácter real, como garante hipotecaria. E incluso aunque se considerase que existía tal situación litisoconsorcial estricta, el litisconsorcio queda roto ex lege por la previsión del mencionado artículo 55.1 de la Ley Concursal, como se desprende claramente del artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (al que se remite, en lo que se refiere a la ejecución hipotecaria, el artículo 681 de la misma Ley), al permitir en caso de pluralidad de ejecutados y cuando alguno de ellos está en concurso, la ejecución contra los ejecutados no concursados*".

[62] Resoluciones de la DGRN de 7 de junio de 2012, de 22 de julio de 2014 y de 15 de octubre de 2014.

[63] STS, Sala Primera, 313/2014, de 18 de junio: "*Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aun hallándose este en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía*".

[64] AAP Granada, Sección 5.ª, 245/2015, de 28 diciembre.

[65] Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020.

Sobre este particular:

Cfr. SÁNCHEZ PÉREZ, L. "El hipotecante no deudor en concurso: un falso amigo para el acreedor garantizado". Revista Aranzadi Doctrinal n.º10/2014 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2014 (BIB 2014\482).

concurso carece de legitimación para cancelar una hipoteca, cuando el hipotecante no es el deudor concursado dado que el bien hipotecado no puede formar parte de la masa activa al pertenecer a un tercero [66].

4. Fiador

La jurisprudencia menor[67] se pronuncia en contra de la procedencia de demandar al fiador en el procedimiento hipotecario porque supondría desnaturalizar la acción que se ejercita, que es de carácter real, limitada exclusivamente a la persecución de los bienes afectos, y no una acción personal de reclamación de cantidad. El párrafo quinto (incluido en el art. 685 LEC por la Ley 19/2015, de 13 de julio), avala esta tesis dado que en el mismo se establece que, a los efectos previstos en el apdo. 1 del art. 579, será necesario, para que pueda iniciarse una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria, por la cantidad que falte y contra quienes proceda (entre ellos, hay que entender los fiadores), que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial; por lo que, *a sensu contrario*, se ha de entender que, si se exige tan solo notificarles la demanda ejecutiva para dirigir un posterior procedimiento contra ellos, es porque no es preciso demandarlos. Esta notificación ha de ser solicitada por el ejecutante y podrá ser practicada por su procurador si se pide expresamente o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el Letrado de la Administración de Justicia. La cantidad reclamada en esta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores en una ejecución ordinaria, sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial[68].

De todos modos, si bien está claro que el fiador no ostenta legitimación pasiva en el procedimiento hipotecario, existe discrepancia acerca de si, en caso de cláusula de liquidación unilateral, el acreedor habrá de notificarle la cantidad debida antes de

---

CANO, V. "La figura del hipotecante no deudor en el procedimiento concursal (parte I)". Chavarri Abogados. http://chabogados.es/wp-content/uploads/2017/03/ART-3-CONCURSAL-NEWSCHAVARRI-01.pdf

[66] RDGRN de 10 de diciembre de 2019.

[67] Autos de las AA. PP. Valencia, Sección 8ª, 115/2024, de 19 de abril; Baleares, Sección 3.ª, 12/2018, de 14 de febrero (rec. 534/2017); Barcelona, Sección 19.ª, 285/2016, de 10 de noviembre; Granada, Sección 3.ª, 46/2016, de 31 de marzo (rec. 18/2016); Granada, Sección 5.ª, 148/2015, de 7 de julio (rec. 160/2015); Barcelona, Sección 4.ª, 237/2014, de 11 de noviembre (rec. 544/2014); Barcelona, Sección 14.ª, 325/2014, de 30 de diciembre (rec. 177/2013); Valencia, Sección 9.ª, 256/2013, de 11 de junio (rec. 86/2013); Cuenca, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2012 (rec. 310/2011)); Barcelona, Sección 11.ª, de 30 de enero de 2012 (rec. 799/2011); Valencia, Sección 9.ª, 256/2013, de 11 de junio (rec. 86/2013); Madrid, Sección 20.ª, 129/2012, de 25 de mayo (rec. 622/2011); Madrid, Sección 11.ª, de 28 de septiembre de 2011 (rec. 197/2011) (SP/AUTRJ/712881); Zaragoza, Sección 2.ª, de 21 de junio de 2011 (rec. 231/2011); Guadalajara de 14 de junio de 2011 (rec. 103/2011); Madrid, Sección 25.ª, de 7 de junio de 2011 (rec. 99/2011); Zaragoza, Sección 4.ª, de 16 de diciembre de 2010 (rec. 477/2010); Las Palmas, Sección 4.ª, 319/2007, de 19 de julio (rec. 701/2006) y Las Palmas, Sección 5.ª, 76/2003, de 9 de mayo.

En el AAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2011, se declara la nulidad de actuaciones por haberse despachado ejecución contra el fiador.

La AP Barcelona, Sección 16.ª, en Auto 114/2015, de 27 de marzo, permite que intervenga en el procedimiento hipotecario el fiador llamado por el demandante en la demanda, pero sin requerirle de pago ni realizar actuaciones ejecutivas contra él.

Sobre este particular, véase, asimismo: VV. AA. Encuesta Jurídica: "Cuando el préstamo, además de con hipoteca, se garantiza con garantías personales de fiadores, ¿es posible dirigir la acción hipotecaria contra estos últimos?". *Base de datos Sepín Inmobiliario*, octubre 2015 (SP/DOCT/19648). La mayoría de los encuestados (entre quienes me encuentro) respondieron negativamente.

[68] STS, Sala Primera, de lo Civil, 163/2015, de 1 de abril (rec. 1171/2013): "*Debe precisarse, en todo caso, que los fiadores que no han sido parte en el correspondiente procedimiento de ejecución no deben responder de las costas que resulten del mismo, sino del incumplimiento que resulte del contrato de préstamo del cual son garantes*".

interponer la demanda, habida cuenta de que el apartado segundo del art. 572.2 establece que "*solo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación*", exigiendo el apdo. 3.º del art. 573.1 LEC la necesidad de acompañar a la demanda "*el documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible*": **Parte de la jurisprudencia menor**69 **entiende que no se puede considerar necesaria la obligación de notificar al fiador antes del procedimiento hipotecario la cantidad debida, dado que el mismo no se dirige contra el fiador**, sin perjuicio, de que, en interés del deudor principal o del propio acreedor, pueda cualquiera de ellos, y singularmente el acreedor, realizar dicha notificación. **De todos modos, en sentido contrario, se defiende que dado que el art. 573 de la LEC es también aplicable en supuestos de ejecución sobre bienes hipotecados**, por así establecerlo expresamente el art. 685.2 LEC, resulta exigible que con la demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados o pignorados se aporte el documento que acredite haberse notificado no solo al deudor, sino también al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible70. Se entiende que **resulta contradictorio entender que no se debe notificar al fiador el saldo deudor antes del proceso (argumentando que contra este no se dirige la ejecución hipotecaria) y al mismo tiempo interesar que se le notifique la demanda ejecutiva *ex* art. 685.5 LEC** en previsión de poder continuar la ejecución contra él si no resulta suficiente lo obtenido con la subasta del inmueble71.

En todo caso, **el fiador ostentará interés legítimo para solicitar su intervención voluntaria en el procedimiento hipotecario**, *ex* art. 13 LEC. Su intervención no es adhesiva litisconsorcial, dado que la ejecución solo le afecta con carácter prejudicial, indirecto o reflejo, por lo que se debe considerar un interviniente adhesivo simple.

En este sentido, el AAP Madrid, Sección 12.ª, 180/2015, de 10 de junio (rec. 39/2015) declara que el fiador ostenta interés legítimo, aunque indirecto, en el resultado de la ejecución hipotecaria, ya que si subastado el bien hipotecado, este no fuera suficiente para cubrir lo debido, el deudor y, en su caso el fiador, serán responsables por el resto, por lo que se considera que procede su intervención como **interviniente adhesivo simple** dadas las repercusiones que el resultado del litigio pudiera tener para el mismo. En similares términos, el AAP Barcelona, Sección 13.ª, 29/2018, de 19 de febrero (rec. 350/2017), declara que la circunstancia de que el fiador solidario no sea titular de los bienes especialmente hipotecados, que son objeto del pleito, no le priva de la facultad de intervenir en el proceso[72].

Asimismo, según el AAP Barcelona, Sección 13.ª, 357/2020, de 19 de noviembre (rec. 1351/2016), del juego de lo dispuesto en los arts. 685.1, 685.5, 579, 150.2, 14.1 y 13 LEC se

69 SAP Las Palmas, Sección 4.ª, 319/2007, de 19 de julio (rec. 701/2006): "*Del art. 685.2 LEC conforme al cual a la demanda ejecutiva se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los que requisitos que la LEC exige para del despacho de ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el art.550 y, en sus respectivos casos, los arts. 573 y 574 LEC,* ***no puede deducirse la obligación de notificar al fiador la cantidad exigible puesto que contra él no se dirige, ni puede dirigirse el procedimiento de ejecución hipotecaria (arts. 6811 y 686 LEC),*** *y por ello debe entenderse tal remisión normativa en lo que afecta al deudor ejecutado*".

En el mismo sentido*:* Autos de la AP Granada, Sección 3.ª, de 7 de octubre de 2011 (rec. 419/2010); Granada, Sección 3, 46/2016, de 31 de marzo (rec. 18/2016).

70: AAP La Rioja, Sección 1.ª, 128/2005, de 10 de noviembre (rec. 209/2005).

71 AAP de A Coruña, Sección 3.ª, 41/2020, de 27 de mayo de 2020.

[72] En este mismo sentido, el AAP Girona, Sección 1.ª, 23/2015, de 23 de enero, declara que "*Cuestión diferente es el interés que estos últimos puedan tener en conocer la existencia del procedimiento hipotecario, supuesto en el que bastará con notificarles, cuando se solicite, que se ha presentado la demanda de ejecución hipotecaria, pudiendo en ese caso invocar estos tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito a los efectos establecidos en el artículo 13 de la LEC*".

desprende la **falta de legitimación pasiva** del fiador solidario para ser parte demandada en el procedimiento de ejecución hipotecario; la legitimación activa de la parte ejecutante para **pedir que el fiador intervenga** en el proceso de ejecución hipotecaria sin la cualidad de demandado y la **legitimación del fiador para personarse y actuar como parte en el procedimiento** (ya sea por razón de la comunicación de la demanda realizada a instancias de la actora, ya sea por su propia iniciativa, dado su interés legítimo en el resultado de la ejecución) y realizar cuantas alegaciones puedan ser conducentes a su derecho frente a las pretensiones de la demandante.

Cuando el fiador intervenga en el proceso de ejecución podrá oponerse a la misma **incluso por motivos que no puede alegar el deudor, como cláusulas abusivas,** en caso de que el fiador ostente la condición de consumidor y el deudor no lo sea[73]. De todos modos, la normativa de consumo solo se aplicará en lo que afecte al fiador consumidor[74].

5. Tercer poseedor

a.- Casos en que hay que demandarle y requerirle de pago

El art. 685.1 LEC tan solo exige demandar al tercer poseedor y, por ende requerirle de pago, **si este hubiere acreditado al acreedor la adquisición del bien hipotecado**; no obstante, este precepto ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte del Tribunal

[73] **Resulta posible que el deudor no ostente la consideración de consumidor pero que el garante lo sea cuando el mismo no actúe en el marco de su actividad profesional y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales**, por ejemplo, una sociedad y su administrador [Autos del TJUE de 19 de noviembre de 2015 y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15; Autos de las AA. PP. Lugo, Sección 1.ª, 3/2017, de 11 de enero (rec. 497/2016); Pontevedra, Sección 1.ª, 83/2016, de 6 de abril (rec. 128/2016); Asturias, Oviedo, Sección 6.ª, 331/2016, de 18 de noviembre (rec. 432/2016); A Coruña, Santiago de Compostela, Sección 6.ª, 115/2017, de 7 de noviembre (rec. 241/2017); Zaragoza, Sección 5.ª, 32/2017, de 13 de enero (rec. 334/2016); Toledo, Sección 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero (rec. 95/2017); Girona, Sección 1.ª, 87/2018, de 25 de abril (rec. 177/2018). Resoluciones de la DGRN de 14 de julio de 2017 y de 31 de octubre de 2017].

[74] En este sentido, en la Sentencia de la AP Pontevedra, Sección 1.ª, 3/2018, de 8 de enero (rec. 753/2017), **se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores**, entendiendo que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos. En similares términos, en la SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 83/2016, de 6 de abril (rec. 128/2016), **se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor).** Asimismo, la AP Huelva, Sección 2.ª, en Auto 38/2018, de 31 de enero, considera nula por abusiva la cláusula de **intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores**. De todos modos, la AP Álava, Sección 1.ª, en la Sentencia 284/2019, de 27 de marzo (rec. 601/2018), **no considera que los fiadores ostenten legitimación para solicitar la nulidad de la cláusula suelo al entender que ningún perjuicio les ha causado dado que los prestatarios no habían dejado ninguna cuota impagada**, pues se entiende ilógico que se devuelva a los fiadores unas cantidades que no han desembolsado. En parecidos términos, la SAP Barcelona, Sección 15.ª, 577/2018, de 18 de septiembre (rec. 639/2017), declara que la fiadora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de las cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios y redondeo del tipo de interés por no ostentar la condición de prestataria, ya que el préstamo fue suscrito por una sociedad; no obstante, se le reconoce legitimación para solicitar su inaplicación, en lo que le pudieran afectar como fiadora. Asimismo, la SAP Barcelona, Sección 15.ª, 925/2019, de 17 de mayo (rec. 763/2018), considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables como la cláusula suelo, el interés de demora, vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, **no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectarán como el pago de los gastos y costas judiciales que se imponen a la parte deudora ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor**.

Constitucional[75] y de la DGSJFP/DGRN[76] que entienden que **también debe ser demandado cuando su derecho conste inscrito en el Registro en el momento de presentar la demanda**, dado que la inscripción atribuye una eficacia *erga omnes* a lo inscrito (arts. 13, 32 y 34 LH).

De todos modos, esta interpretación ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina[77] y algunas resoluciones no la secundan; así, la SAP Madrid, Sección 20.ª, 199/2018, de 4 de junio (rec. 129/2018), considera que si el tercer poseedor no ha acreditado su adquisición ante el acreedor, este no tiene que demandarle aun cuando el derecho de aquel conste en el momento de interponer la demanda inscrito en el Registro, dado que sus derechos se salvaguardan al notificarle la existencia de la ejecución cuando es conocida su existencia por la certificación de cargas, toda vez que el acreedor hipotecario no tiene ninguna obligación de consultar el Registro porque la inscripción de la hipoteca le exonera de cualquier otra obligación posterior. Esta doctrina viene a reproducir lo declarado por el TS en su Sentencia 462/2004, de 3 de junio (rec. 2175/1998), en la que afirma que la acreditación por parte del tercer poseedor de su adquisición implica una conducta positiva[78], no siendo suficiente para entender cumplida aquella condición con su inscripción en el Registro de la Propiedad. Asimismo, en la STS 627/2009, de 28 de septiembre (rec. 1388/2005), afirma que «*no es esta la interpretación correcta de las normas en cuestión, ya que de las mismas se desprende que el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente posterior de la finca hipotecada, sino que únicamente ha de hacerlo a aquel que le «acreditó» la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito (...)*».

Sin embargo, la DGRN/DGSJFP[79] considera que esta jurisprudencia no puede mantenerse tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2013, de 8 de abril (rec. 6996/2011), en la que el Alto Tribunal declara que "*la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que*

---

[75] Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 79/2013 de 8 de abril (rec. 6996/2011): "*En este sentido, el* art. 685 LEC *establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados «siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes», precepto este que entendido según el* art. 24 CE *nos lleva a la conclusión de que* ***la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo****, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria.*

En efecto, en la cuestión planteada la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, ***por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral****'*.

[76] Resoluciones de la DGRN de 20 de marzo de 2014, de 10 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio de 2017), de 29 de marzo de 2019 (BOE de 16 de abril de 2019).

[77] Cfr. GARCÍA VILA, J. A. "La posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada". Disponible en: www.notariosyregistradores.com.

[78] STS, Sala Primera, 462/2004, de 3 de junio de 2004 (rec. 2175/1998): "*Ante todo debe señalarse que en los alegatos de ambos motivos el recurrente no se atiene a la literalidad de algunas de las reglas del art. 131 LH que considera infringidas,* ***pues el apartado tercero de la regla 3.ª no imponía al acreedor requerir de pago al tercer poseedor a todo trance, sino solo "en el caso de que este hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble",*** *conducta positiva a cargo del hoy recurrente de la que, sin embargo, no hay la menor constancia; y la regla 5.ª tampoco imponía en rigor un último requerimiento de pago, sino la notificación de la existencia del procedimiento al último adquirente para que pudiera, si le convenía, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que estuviera asegurada con la hipoteca de su finca*".

[79] Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 15 de febrero de 2018, de 26 de julio de 2019 y de 9 de mayo de 2023 (BOE de 29 de mayo de 2023).

debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral".

Asimismo, es necesario demandarle y requerirle de pago cuando el tercer poseedor tenga a su favor **un mero asiento de presentación.** En este sentido, la STS 43/2011, de 3 de febrero (rec. 13/2008)[80], aunque no se refiere en concreto a un tercer poseedor, aprecia error judicial en un caso en que se denegó la nulidad del procedimiento porque se entendió que no debía notificarse el procedimiento hipotecario a quien no tenía inscrito su derecho, sino solo un asiento de presentación.

En parecidos términos, la RDGRN de 7 de marzo de 2014 contempla un supuesto en que en la certificación solicitada antes de iniciarse el procedimiento para acompañar a la demanda se reseñó que existía presentado, pendiente de despacho, el título de compraventa de la finca hipotecada a favor de unos terceros. En dicha resolución se declara que, en tanto el art. 24 LH considera como fecha de la inscripción a todos los efectos la fecha del asiento de presentación, y dado que se retrotrae la eficacia de la inscripción posterior a la fecha de dicho asiento, **deben ser demandados y requeridos de pago los terceros adquirentes, en su condición de terceros poseedores, cuando presentaron su título antes de interponerse la demanda de ejecución, aun cuando obtuvieron su inscripción después**.

b.- Supuestos en que solo hay que notificarle la existencia del procedimiento

Cuando **el tercer poseedor inscribiera su derecho en el Registro después de presentada la demanda ejecutiva, pero antes de expedir la certificación de cargas, el órgano judicial le ha de notificar la existencia del procedimiento, en el domicilio que conste en el Registro**, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca (arts. 689.1 LEC y 132.2.º LH). El tercer poseedor solo responde con el bien afecto al pago de la deuda no con el resto de su patrimonio.

c.-Casos en que no es necesario demandarle ni notificarle

Si el tercer poseedor **inscribiera su derecho en el Registro con posterioridad a la certificación de cargas**, no será necesario notificarle la existencia del procedimiento, puesto que ya habría conocido el mismo por la nota marginal que extiende el registrador cuando expide la citada certificación (art. 132.2.º LH).

[80] STS 43/2011, de 3 de febrero (rec. 13/2008) (SP/SENT/541275): "*En definitiva, no declarar una nulidad en un caso, como el presente, en que se ha prescindido de que una persona tenía constancia de su derecho en el Registro de la Propiedad mediante asiento de presentación equivalente y simple adelanto de la inscripción, es una equivocación manifiesta y palmaria, contradice lo evidente y es una decisión injustificada desde el punto de vista del derecho. Por tanto, débese dar lugar a la demanda y declarar el error judicial*".

d.- Supuestos en que no se inicia una ejecución hipotecaria sino una ordinaria

Cuando **el acreedor inicia una ejecución ordinaria en vez de un procedimiento hipotecario, tendrá que embargar el bien hipotecado**[81]. La DGSJFP[82] considera que para que, una vez enajenada en pública subasta la finca, se pueda proceder a la cancelación de las cargas anteriores a la anotación preventiva de embargo, pero posteriores de la hipoteca, será necesario que, desde el primer momento, se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca; por lo que se ha de hacer constar, por nota al margen de dicha hipoteca, su relación con la posterior anotación de embargo. No obstante, **esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria,** teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

Cuando el acreedor inicia una ejecución ordinaria, en vez de una hipotecaria, deberá demandar al tercer poseedor en su condición de titular del inmueble porque en otro caso el Registrador no va a practicar la anotación preventiva de embargo sobre el bien de su titularidad, aunque bien es cierto que el tercer poseedor solo responderá con dicho bien y no con el resto de su patrimonio. La DGSJFP considera que el tercer poseedor debe ser demandado tanto si se ejecuta la acción real hipotecaria como la acción personal derivada del préstamo o crédito hipotecario en el caso de que antes de la interposición de la demanda tenga su título inscrito. Dicho principio de salvaguardia jurisdiccional del tercer poseedor resulta aplicable con independencia del procedimiento elegido por el acreedor para ejecutar su crédito hipotecario [RDGSJFP de 15 de septiembre de 2020 (BOE n.º 265, de 7 de octubre de 2020)].

e.- Nulidad del procedimiento a causa de no requerir o no notificar al tercer poseedor la existencia del procedimiento

En el caso de que, siendo preceptivo demandar al tercer poseedor o notificarle la existencia del proceso *ex* art. 689 LEC, se haya obviado este requisito ello determinará la **nulidad del procedimiento**[83]. El TC, en la Sentencia 79/2013, de 8 de abril, estima el amparo en un supuesto en que, constando en la certificación de cargas que el titular del inmueble era distinto al deudor hipotecario, ni se le requirió de pago ni se le notificó la existencia del procedimiento, considerando que su falta de llamada al proceso de ejecución hipotecaria vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 24 CE[84].

En este mismo sentido**, la DGRN/DGSJFP[85] rechaza la inscripción del decreto de adjudicación si no consta que los titulares de derechos inscritos que se pudieran ver**

[81] Autos de las AA. PP. de Alicante, Sección 4.ª, de 16 de junio de 2021 (rec. 619/2020); Barcelona, Sección 17.ª, 120/2024, de 18 de abril.

[82] Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 10 de diciembre de 1997; de 14 de diciembre de 2015 (BOE n.º 312, de 30 de diciembre de 2015); de 1 de febrero de 2017 (BOE n.º 45, de 22 de febrero de 2017), y de 15 de septiembre de 2020.

[83] Resolución de la DGRN de 16 de octubre de 2014.

[84] *Cfr.* BERNABÉU PÉREZ, I. C. "La obligatoriedad de llamar al proceso de ejecución hipotecaria al titular registral de la finca. La Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2013, de 8 de abril de 2013*". Práctica de Tribunales* n.º 103, julio-agosto 2013, pág. 107.

[85] Resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 20 de noviembre de 2014; de 21 de marzo de 2014; de 9 de septiembre de 2021, entre otras muchas.

afectados han tenido la intervención establecida por las Leyes para su defensa, evitando así que sufran las consecuencias de su indefensión procesal (art. 132 LH). De todos los modos, en la Resolución de la DGSJFP de 9 de mayo de 2023 (BOE de 29 de mayo de 2023), faltando la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió la adquisición de la **mitad indivisa de la finca** antes de la interposición de la demanda de ejecución hipotecaria, **se entiende que no cabe inscribir la adjudicación de dicha mitad indivisa, pero sí la de la otra mitad si el adjudicatario consintiere esa inscripción parcial**.

La DGSJFP[86] declara que tan solo suavizaría su doctrina cuando **hubiera una manifestación específica de la autoridad judicial en el sentido de que no ha existido indefensión** y de que, por tanto, no cabe la nulidad de las actuaciones.

La comunicación efectuada por el registrador al amparo de los arts. 659 y 689.2 LEC no puede suplir la demanda frente al tercer poseedor ni el requerimiento de pago al mismo, y **tiene solo el efecto de avisar de la iniciación de la ejecución y permitir a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca pagar y subrogarse en el lugar del acreedor**, sin que a estos efectos pueda resultar de aplicación el art. 660.2 LEC, según el cual, "*La ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que estas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución*"[87].

6. Excónyuge del ejecutado con un derecho de uso sobre la vivienda hipotecada

La DGRN, en la Resolución de 5 de septiembre de 2016, otorgó la condición de tercer poseedor a un titular de un derecho de uso, cuyo derecho constaba en el Registro con posterioridad a la hipoteca, considerando que si no se le había demandado, o en su caso notificado la existencia del procedimiento hipotecario, no se podía inscribir el testimonio del decreto de adjudicación[88].

No obstante, **esta Resolución fue revocada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, en Sentencia 10/2019, de 11 de enero (rec. 405/2018), que no otorga la condición de tercer poseedor a la titular del derecho de uso,** considerando que no existe parangón entre el derecho de uso y el usufructo, el primero no es un derecho real, mientras que el segundo sí lo es, las facultades del usufructuario nada tienen que ver con las del beneficiario del derecho de uso, aquel puede usar y disfrutar la cosa ampliamente, salvo la obligación de conservar su forma y sustancia, mientras que este es un simple ocupante de la vivienda que no puede arrendar o transmitir a terceros la posesión de la misma. Además, mientras el usufructo es un derecho consolidado, sujeto en su vigencia y duración al título de su constitución, el derecho de uso es contingente variable y dependiente del mantenimiento de las circunstancias contempladas en la resolución judicial para su atribución, que puede ser fácilmente revocado cuando se produzca alteración o el interés del beneficiario no sea el más necesitado de protección. **Según esta sentencia la intervención del titular del derecho de uso en el proceso de ejecución hipotecaria** —justificada y amparada en su condición de ocupante de la finca hipotecada— **queda reducida, única y exclusivamente, a hacer valer su derecho**

[86] Resoluciones de la DGSJFP de 9 de septiembre de 2021 (BOE de 18 de octubre de 2021) y de 26 de abril de 2023 (BOE de 15 de mayo de 2023).

[87] Resoluciones de la DGRN de 18 de septiembre de 2013 y de 21 de marzo de 2014.

[88] En la Resolución de la DGRN de 8 de marzo de 2018 se revoca la calificación del registrador y permite la inscripción del decreto de adjudicación, a pesar de no haber sido demandado ni requerido de pago el titular del derecho de uso, pero ello obedece a que dicho derecho de uso no constaba inscrito en el Registro, no a los motivos que han llevado a revocar la Resolución de 5 de septiembre de 2016.

a permanecer en la ocupación del inmueble, conforme se desprende de lo establecido por los arts. 661, 675 y 704 LEC.

Esta resolución ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en la Sentencia 526/2023, de 18 de abril, (rec. 1729/2019), la cual ha declarado que no cabe equiparar los supuestos contemplados en el art. 662.2 LEC, que se refieren al usufructo, nuda propiedad o dominio útil o directo, al derecho que contempla el art. 96 CC, sin que sea argumento bastante para ello que tenga publicidad registral. También los arrendamientos tienen acceso al Registro (art. 2, apartado quinto, LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (art. 25 LAU). Los arts. 685 y 686 LEC no establecen que la demanda ejecutiva o el requerimiento de pago se deba dirigir contra el excónyuge a quien se atribuye el uso en aplicación del art. 96 CC. El derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario de la vivienda familiar, no es un derecho real atípico y quien lo ostente no debe ser parte necesaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

7. Cónyuge del ejecutado cuando el préstamo con garantía hipotecaria fue solicitado por el otro cónyuge de soltero para adquirir la futura vivienda familiar si parte del préstamo se ha abonado con dinero ganancial

La demanda del procedimiento hipotecario, y el consiguiente requerimiento, **se ha de dirigir solo contra aquel que contrajo la deuda con garantía hipotecaria si el inmueble figura únicamente inscrito a su nombre, con independencia de que después de contraer la deuda se convirtiese en la vivienda familiar y de que se pagara en parte con dinero ganancial,** estableciéndose un *pro indiviso* en proporción a la naturaleza de los fondos aportados para su adquisición entre la sociedad de gananciales y el cónyuge deudor (arts. 1354 y 1357 CC), situación que no altera la inscripción a favor del adquirente, dado que el art. 91.2 RH establece que "*El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de este, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado*".

En este sentido, el AAP Vizcaya, Sección 4.ª, 422/2008, de 19 de junio (rec. 220/2007) considera que **no existe ninguna obligación de requerir de pago al cónyuge no deudor en concepto de hipotecante cuando la deuda con garantía hipotecaria sobre la vivienda familiar la contrajo únicamente el otro en estado de soltero,** ya que en el proceso de ejecución hipotecaria resulta irrelevante si se está ante una deuda ganancial o ante una deuda privativa de uno de los cónyuges, de la que subsidiariamente responden los bienes gananciales, pues la acción real se dirige sobre los bienes hipotecados, por lo que no resulta aplicable el art. 541 LEC, el cual se refiere al embargo de bienes gananciales.

A lo antedicho no es óbice que el art. 1320 CC establezca que para los actos de disposición (entre ellos, la constitución de una hipoteca) sobre el inmueble destinado a vivienda habitual, aun cuando solo pertenezca a un cónyuge, es necesario el consentimiento del otro y, en su defecto, autorización judicial, y en parecidos términos se pronuncia el art. 96.3 CC en caso de que esté atribuido el uso a uno de los excónyuges en un proceso de crisis matrimonial[89].

[89] STS, Sala Primera, de lo Civil, 311/2009, de 6 de mayo (rec. 292/2005). Esta sentencia versa sobre la constitución por la esposa, sin conocimiento ni consentimiento del marido, de una hipoteca sobre una finca privativa

Conforme a la doctrina de la DGRN/DGSJFP[90], **en el supuesto de hipoteca en garantía de préstamo que financia la adquisición de la misma vivienda hipotecada, el art. 1320 CC no se puede considerar aplicable, si el destino final del inmueble es constituir el futuro hogar familiar**, cuando en ese momento no lo sea.

de ella destinada a vivienda familiar. Tramitado el procedimiento hipotecario y subastada la finca, por el marido se reclaman los perjuicios derivados de la privación de la vivienda, declarándose la negligencia imputable al banco demandado, que concedió el préstamo hipotecario y promovió el ulterior procedimiento hipotecario sin haber adoptado las cautelas mínimas exigibles para esclarecer la titularidad y situación de la vivienda construida sobre la finca hipotecada.

.

SAP Granada, Sección 3.ª, 351/2009, de 17 de julio (rec. 281/2009): "*Hemos de estimar que tanto el artículo 1320 como el art. 96.4, ambos del Código Civil, limitan las facultades de disposición, y ciertamente por ello deben interpretarse restrictivamente, pero sin que ello suponga excluir actos que, aunque no sean rigurosamente dispositivos, como el arrendamiento o la hipoteca, sí suponen un peligro para la utilización de la vivienda y pueden disminuir las posibilidades de ocupación por parte del grupo familiar, teniendo en cuenta que la «ratio» del precepto es la de salvaguardar tal alojamiento familiar*".

En la SAP Barcelona, Sección 16.ª, 403/2017, de 25 de julio (rec. 163/2016), se declara la nulidad de la hipoteca (subsistiendo el préstamo sin garantía hipotecaria) por no haber consentido la esposa del deudor la constitución de la misma y recaer sobre la vivienda habitual.

[90] Resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2006.

DERECHOS HUMANOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Dra. Alma de los Ángeles Ríos Ruíz
Profesora de Tiempo Completo Titular "C"
Definitiva de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Fecha de recepción: 12/06/2025
Fecha de aceptación: 15/07/2025

RESUMEN: El presente manuscrito aborda la intersección entre la inteligencia artificial (IA) y los derechos humanos, explorando tanto los impactos positivos como los desafíos que presenta esta tecnología. Se define la IA y se describen sus tipos, desde la IA débil hasta la IA superinteligente. Se revisa la evolución histórica de la IA y sus aplicaciones actuales en sectores como la salud, la educación, el transporte y las finanzas. Se destacan los beneficios de la IA en la promoción de los derechos humanos, incluyendo la mejora de la accesibilidad para personas con discapacidades y el fortalecimiento de la justicia. Sin embargo, también se identifican riesgos significativos, como la discriminación algorítmica, la vigilancia masiva y la falta de transparencia. Se concluye con una discusión sobre los marcos regulatorios y principios éticos necesarios para garantizar un desarrollo y uso responsable de la IA, así como recomendaciones para futuras áreas de investigación y desarrollo.

ABSTRACT: This manuscript addresses the intersection of artificial intelligence (AI) and human rights, exploring both the positive impacts and challenges posed by this technology. AI is defined and its types described, from weak AI to superintelligent AI. The historical evolution of AI and its current applications in sectors such as healthcare, education, transportation, and finance are reviewed. The benefits of AI in promoting human rights are highlighted, including improving accessibility for people with disabilities and strengthening justice. However, significant risks are also identified, such as algorithmic discrimination, mass surveillance, and lack of transparency. The article concludes with a discussion of the regulatory frameworks and ethical principles needed to ensure the responsible development and use of AI, as well as recommendations for future areas of research and development.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial; Derechos Humanos; Discriminación Algorítmica; Transparencia; Responsabilidad; Ética de la IA; Regulación de la IA; Accesibilidad; Justicia y Vigilancia Masiva.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Human Rights; Algorithmic Discrimination; Transparency; Accountability; AI Ethics; AI Regulation; Accessibility; Justice; and Mass Surveillance.

SUMARIO: I. Introducción; II. Fundamentos de la Inteligencia Artificial; III. Derechos Humanos y su Relación con la IA; IV. Regulación y Ética de la IA; V. Reflexiones Finales y VI. Fuentes Selectas.

I. INTRODUCCIÓN.

Las tecnologías emergentes, especialmente la Inteligencia Artificia (IA), están transformando diversos aspectos de nuestra sociedad, incluyendo la protección y promoción de los derechos humanos al estar revolucionando múltiples sectores, desde la salud, educación, justicia y seguridad, por citar algunos ejemplos, es decir, esta revolución tecnológica también plantea importantes desafíos para los derechos humanos.

Lo anterior debido a que la IA está cada vez más presente en nuestras vidas, desde los algoritmos que determinan qué contenido vemos en las redes sociales hasta los sistemas de reconocimiento facial utilizados por las fuerzas de seguridad, por tal motivo es crucial entender cómo estas tecnologías pueden afectar nuestros derechos fundamentales a la par que tienen el potencial de mejorar significativamente la calidad de vida de las personas. Por ejemplo, puede facilitar el acceso a servicios de salud y educación o ayudar en la identificación y protección de víctimas de violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, la otra cara de la moneda nos demuestra que ello puede perpetuar y amplificar desigualdades existentes, y que su uso indebido puede llevar a violaciones de la privacidad, discriminación y vigilancia masiva, por ello es esencial abordar estos riesgos para garantizar que la IA se desarrolle y utilice de manera que respete nuestros derechos.

Ante este panorama, se comprende que la rápida evolución de la IA requiere un marco regulatorio y ético robusto que garantice su desarrollo y uso responsable, es decir, es fundamental que los legisladores, académicos y profesionales trabajemos juntos para crear políticas que protejan los derechos humanos en esta era; para asegurar que el avance tecnológico beneficie a toda la humanidad sin comprometer nuestros valores y derechos fundamentales.

II. FUNDAMENTOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Aunque no existe una definición universal de Inteligencia Artificial (IA), se puede entender como la capacidad de una máquina para imitar funciones cognitivas humanas como el aprendizaje, resolución de problemas e incluso tomar decisiones. En términos simples, la IA es la simulación de procesos de inteligencia humana por parte de sistemas informáticos.

Sus principales tipos son:

- IA Débil (*Narrow AI*): Diseñada para realizar tareas específicas, como asistentes virtuales, como ejemplos tenemos a Siri o Alexa y los sistemas de recomendación como Netflix o Amazon. Esta IA se especializa en una sola tarea y no tiene capacidades generales.
- IA Fuerte (*General AI*): Aún es hipotética y se plantea que poseerá la capacidad de entender, aprender y aplicar conocimientos de manera generalizada, similar a un ser humano. Actualmente, es un objetivo a largo plazo y no se ha logrado desarrollar.
- IA Superinteligente (*Superintelligent AI*): Se trata de una forma avanzada que supera la inteligencia humana en todos los aspectos, diseñada para tomar decisiones más inteligentes que los humanos; aún es un concepto teórico.

Pero ¿de dónde surge todo esto?, es preciso realizar un breve repaso de su historia y evolución para efecto de contextualizarnos; todo inicia en la década de 1950 cuando surge el término "Inteligencia Artificial" que fue acuñado por John McCarthy en 1956 durante la conferencia

de Dartmouth. En esta época, se desarrollaron los primeros programas de IA, como el "*Logic Theorist"* de Allen Newell y Herbert A. Simon.

Posteriormente en las décadas de 1960-1970 se realizaron avances significativos en el procesamiento del lenguaje natural y la resolución de problemas. Sin embargo, la falta de poder computacional y datos limitados desaceleraron el progreso, sin embargo, en la década de 1980 surgieron los sistemas expertos, que utilizaban reglas basadas en el conocimiento para tomar decisiones en áreas específicas, como la medicina e ingeniería.

Después en la década de 1990-2000 el aumento del poder computacional y la disponibilidad de grandes conjuntos de datos impulsaron el desarrollo de algoritmos de aprendizaje automático (*machine learning*) y en fechas más recientes desde 2010 a la fecha, la IA experimentó un renacimiento con el aprendizaje profundo (*deep learning*), que utiliza redes neuronales artificiales para procesar grandes cantidades de datos y realizar tareas complejas como el reconocimiento de imágenes y procesamiento del lenguaje natural.

Tal es el desarrollo, que actualmente las principales aplicaciones de la IA se dan en aspectos como la salud para el diagnóstico de enfermedades, el desarrollo de tratamientos personalizados y el análisis de imágenes médicas. Por ejemplo, algoritmos de IA pueden detectar cáncer en radiografías con una precisión comparable a la de los profesionales que interpretan las imágenes radiológicas, algunos de los más utilizados para detectar anomalías en estas imágenes son *X-Raydar* (sistema de acceso gratuito y universal utiliza redes neuronales profundas para identificar diferentes patologías en radiografías de tórax que puede detectar hasta 37 hallazgos radiológicos anormales en tiempo real), también los algoritmos de *machine learning* predicen y generan mapas de calor en imágenes radiológicas, complementando la interpretación de expertos radiólogos y en este momento, se está validando un software de IA para detectar cáncer de pulmón en radiografías de tórax no informadas.

En la educación se ha implementado a través de plataformas de aprendizaje adaptativo, tutores virtuales y análisis de datos educativos para mejorar la enseñanza, toda vez que la IA puede personalizar el aprendizaje según las necesidades individuales de los estudiantes, proporcionar modelos asincrónicos y disruptivos; también en el transporte se encuentran ejemplos de su uso en los vehículos autónomos (pertenecientes a empresas como Tesla y Waymo) o la optimización de rutas y gestión del tráfico. El sector financiero he echado mano de esta tecnología para aspectos tales como la detección de fraudes, análisis de riesgos y asesoramiento financiero automatizado, de hecho, los bancos utilizan IA para analizar grandes volúmenes de transacciones y estar es posibilidad de detectar actividades sospechosas.

Por lo que hace a la seguridad, existen sistemas de vigilancia, reconocimiento facial y análisis predictivo para prevenir delitos, donde la IA se emplea para analizar patrones de comportamiento y predecir posibles amenazas.

La atención al cliente también se ha beneficiado con los *chatbots* y asistentes virtuales que mejoran la experiencia del usuario y reducen costos operativos. empresas como Amazon y Google la utilizan para proporcionar soporte al cliente las 24 horas del día, igualmente, en la industria y manufactura se han dado la automatización de procesos, mantenimiento predictivo y optimización de la cadena de suministro, demostrando que la IA puede predecir fallos en la maquinaria y optimizar la producción para reducir costos.

Estas aplicaciones demuestran cómo la IA está transformando diversos sectores, mejorando la eficiencia y ofreciendo nuevas oportunidades. Sin embargo, no se puede obviar que también se han planteado desafíos éticos y de derechos humanos que debemos abordar para garantizar un desarrollo y uso responsable de estas tecnologías.

III. DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LA IA

En este orden de ideas y a efecto de contextualizar, debemos saber que los derechos humanos son un conjunto de prerrogativas inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Estos derechos son universales, inalienables, interdependientes e indivisibles, y están fundamentados en la dignidad humana. Su realización efectiva es indispensable para el desarrollo integral de la persona y están protegidos por el orden jurídico nacional e internacional[1].

De tal suerte que la intersección entre estos derechos y la inteligencia artificial (IA) es un tema complejo y multifacético que presenta tanto oportunidades como desafíos, por ello se deben explorar a detalle los impactos positivos y negativos.

Como parte de los positivos están el acceso a la salud y la educación, que como ya se ha indicado, en estos sectores, la IA puede ayudar a personalizar tratamientos basados en el análisis de datos genéticos y clínicos, mejorando así los resultados para los pacientes, incluso los sistemas de diagnóstico asistidos por IA pueden ayudar a detectar enfermedades en etapas tempranas, en tanto que las plataformas de aprendizaje adaptativo pueden personalizar la educación para satisfacer las necesidades individuales de los estudiantes[2].

También la IA puede ser utilizada para identificar y proteger a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, los algoritmos de análisis de datos pueden detectar patrones de trata de personas y ayudar a las autoridades a intervenir de manera más efectiva[3]. Además, se ha demostrado que puede analizar grandes volúmenes de datos de redes sociales y otras fuentes para identificar señales de abuso o explotación.

En este sentido, a efecto de retomar y resaltar el potencial de transformar positivamente diversos aspectos de los derechos humanos, se debe indicar que la IA está siendo utilizada para desarrollar tecnologías de asistencia que mejoran la accesibilidad para personas con discapacidades. Por ejemplo, Microsoft ha desarrollado *Seeing AI*[4], una aplicación que utiliza IA para describir el entorno a personas con discapacidad visual, permitiéndoles una mayor independencia.

Otro ejemplo de ello es que, en 2020, Google lanzó *Project Euphonia*, que utiliza IA para mejorar el reconocimiento de voz para personas con discapacidades del habla, ayudándoles a comunicarse de manera más efectiva.

Se ha demostrado también la forma en que puede mejorar la eficiencia y la equidad en los sistemas judiciales. Por ejemplo, el sistema COMPAS (C*orrectional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*)[5] utiliza IA para evaluar el riesgo de reincidencia de los delincuentes, ayudando a los jueces a tomar decisiones más informadas; incluso en países como Estonia, desde el año 2019, el gobierno ha implementado un "juez robot" para resolver disputas menores de hasta 7,000 euros[6]. Este sistema utiliza IA para analizar los casos y emitir veredictos, reduciendo la carga de trabajo de los jueces humanos a la par que acelera el proceso judicial.

---

[1] *Cfr.* CNDH México, "¿Qué son los derechos humanos?", *https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos.*

[2] *Cfr.* NACIONES UNIDAS, "La inteligencia artificial debe tomar como base los derechos humanos, declara el Alto Comisionado", *https://www.ohchr.org/es/statements/2023/07/artificial-intelligence-must-be-grounded-human-rights-says-high-commissioner.*

[3] *Idem.*

[4] SEEINGAI, "Viendo la IA Cámara parlante para ciegos", *https://www.seeingai.com.*

[5] ANGWIN, Julia, *et. al.,* "Machine Bias", Pro Publica, 2016, *https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing.*

[6] SALVADOR, Patricia, "Jueces robot basados en inteligencia artificial y su aplicación", Status, *https://statusbolivia.com/news?id=-M2510MIICQ5_jKehmey.*

Al respecto, un estudio de la Universidad de Stanford que se llevó a cabo en 2018 encontró que el uso de IA en la revisión de contratos legales puede reducir el tiempo de revisión en un 80%, lo que permite a los abogados centrarse en tareas más complejas y estratégicas.

El medio ambiente es otro sector beneficiado, verbigracia, la organización *Rainforest Connection*[7] utiliza IA para detectar la tala ilegal en tiempo real mediante el análisis de sonidos en la selva; en África, la organización *WildTrack* utiliza IA para monitorear y proteger especies en peligro de extinción, como los rinocerontes[8], gracias a que los algoritmos de IA analizan huellas y otros datos para rastrear a los animales y prevenir la caza furtiva.

Estos ejemplos demuestran cómo la inteligencia artificial puede tener un impacto positivo significativo en la promoción y protección de los derechos humanos. Desde mejorar la accesibilidad para personas con discapacidades hasta fortalecer la justicia y proteger el medio ambiente.

Ahora bien, en el marco de los riesgos y desafíos, se debe mencionar que los algoritmos de IA pueden perpetuar y amplificar los sesgos existentes en los datos, lo que puede llevar a decisiones discriminatorias. Por ejemplo, los sistemas de reconocimiento facial han demostrado tener tasas de error más altas para personas de color, lo que puede resultar en discriminación racial[9]. Esto puede afectar negativamente a grupos vulnerables y perpetuar desigualdades sociales, esto se debe en gran medida a que los algoritmos de IA a menudo son opacos y difíciles de entender, lo que dificulta tanto la transparencia como la rendición de cuentas, por eso se corre el riesgo de tomar decisiones injustas y discriminatorias sin que los afectados puedan entender o cuestionar el proceso.

Ilustra lo anterior lo ocurrido en 2018, cuando se descubrió que el sistema de evaluación de riesgos COMPAS, utilizado en el sistema de justicia penal de EUA era más propenso a etiquetar incorrectamente a los acusados de color como de alto riesgo de reincidencia en comparación con los acusados blancos[10]. Esta falta de transparencia y responsabilidad en el algoritmo resultó en decisiones discriminatorias que afectaron negativamente los derechos de los acusados.

Además, en el sistema de justicia penal, los algoritmos de IA utilizados para predecir comportamientos criminales futuros pueden reforzar la discriminación y debilitar los derechos, incluyendo la presunción de inocencia, toda vez que estos sistemas pueden basarse en datos históricos que reflejan prejuicios y prácticas discriminatorias, lo que puede llevar a decisiones injustas.

Debido a esto en el año 2018, Amazon tuvo que retirar una herramienta de reclutamiento basada en IA porque se descubrió que discriminaba sistemáticamente a las mujeres. El algoritmo había sido entrenado con datos históricos que reflejaban un sesgo de género, lo que resultó en la exclusión de candidatas femeninas[11].

Otro aspecto importante se relaciona con la vigilancia masiva, en donde se plantean serias preocupaciones sobre la privacidad y la libertad de expresión, debido a que los sistemas de vigilancia basados en IA están en posibilidad de monitorear y analizar grandes volúmenes de datos personales, lo que puede llevar a violaciones de la privacidad[12]. Por ejemplo, los sistemas de reconocimiento facial pueden ser utilizados para rastrear y monitorear a individuos sin su consentimiento, lo que ha sido utilizado por gobiernos autoritarios para la

[7] RAINFOREST CONNECTION, "¿Cuál es la forma más eficaz de detener el cambio climático? Salvar las selvas tropicales", *https://rfcx.org.*
[8] WILD TRACK, "Our Mission", *https://www.wildtrack.org.*
[9] UNESCO, "Hacia una inteligencia artificial desde un enfoque de Derechos Humanos: artículo de opinión", s.l.i, 2023, *https://www.unesco.org/es/articles/hacia-una-inteligencia-artificial-desde-un-enfoque-de-derechos-humanos-articulo-de-opinion.*
[10] SCHMITT, Carolyn, "Evaluación del impacto de la inteligencia artificial en los derechos humanos", Universidad de Harvard, 2018, *https://hls.harvard.edu/today/evaluating-the-impact-of-artificial-intelligence-on-human-rights/.*
[11] MCNEILLY, Melissa, "Los riesgos de la inteligencia artificial (IA) para los derechos humanos", New Tactics in Human Rights, s.l.i., 2023, *https://www.newtactics.org/blog/human-rights-risks-artificial-intelligence-ai.*
[12] UNESCO, *op. cit.,* nota. 9.

vigilancia masiva y la represión de la disidencia, al grado de plantear serias preocupaciones sobre la privacidad, libertad de expresión y otros derechos fundamentales.

Por ejemplo, en China, desde 2017 el gobierno ha implementado un sistema de crédito social que utiliza IA para monitorear y evaluar el comportamiento de los ciudadanos. Aquellos con puntuaciones bajas pueden enfrentar restricciones en su libertad de movimiento, acceso a servicios públicos y oportunidades de empleo[13]representando una violación significativa.

Otro caso de esto se presentó en 2020, cuando se reveló que *Clearview AI*, una empresa de reconocimiento facial, había recopilado miles de millones de imágenes de personas sin su consentimiento y las había utilizado para crear una base de datos de reconocimiento facial[14]. Esta práctica violó la privacidad de millones de personas.

Un siguiente uso indebido se relaciona con la manipulación de la información y la difusión de desinformación generada por los algoritmos de IA para la difusión de noticias falsas o contenido engañoso, lo que puede socavar la confianza en las instituciones democráticas y afectar la libertad de expresión, demostrando que la implementación de tecnologías de IA puede exacerbar las desigualdades existentes y excluir a ciertos grupos de la sociedad del acceso a servicios y oportunidades.

Ello demuestra cómo la inteligencia artificial puede presentar riesgos significativos para los derechos humanos si no se desarrolla y utiliza de manera ética y responsable, por ello, es crucial que los marcos regulatorios y éticos se fortalezcan para garantizar que la IA se utilice de manera que respete y promueva los derechos humanos, minimizando los riesgos y abordando las violaciones cuando ocurran.

IV. REGULACIÓN Y ÉTICA DE LA IA

Derivado de lo anterior, se desprende la necesidad de desarrollar marcos regulatorios que garanticen que la IA se utilice de manera ética y respetuosa con los derechos humanos, al respecto, la recomendación de la UNESCO sobre la Ética de la IA es un ejemplo de un esfuerzo internacional para establecer estándares éticos para el desarrollo y uso de la IA[15]. Este documento establece principios y valores éticos que deben guiar el ciclo de vida de la IA, desde su diseño hasta su implementación y uso.

Adicionalmente, es necesario que los marcos regulatorios incluyan mecanismos de supervisión y rendición de cuentas para asegurar que las tecnologías de IA se desarrollen y utilicen de manera responsable[16]. Esto incluye la creación de organismos de supervisión independientes y la implementación de auditorías regulares de los sistemas de IA.

Así, se debe pugnar para lograr establecer y cumplir principios éticos sólidos entre los que destaquen, a saber:

1. Transparencia: Los sistemas de IA deben ser transparentes en cuanto a su funcionamiento y toma de decisiones. Esto incluye la divulgación de los datos y algoritmos utilizados, así como la explicación de cómo se toman las decisiones.

2. Responsabilidad: Los desarrolladores y usuarios de IA deben ser responsables de las consecuencias de su uso. Esto implica la implementación de medidas para mitigar los riesgos y abordar cualquier impacto negativo que pueda surgir.

[13] ÜNVER, H. Akin, "Inteligencia artificial (IA) y derechos humanos: el uso de la IA como arma de represión y su impacto en los derechos humanos", Centro de Estudios Parlamento Europeo, 2024, *https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA%282024%29754450.*
[14] MCNEILLY, Melissa, *op. cit.,* nota. 11.
[15] UNESCO, *op. cit.,* nota. 9.
[16] *Idem.*

3. Justicia: La IA debe ser desarrollada y utilizada de manera que promueva la justicia y la equidad. Esto incluye la eliminación de sesgos en los datos y algoritmos, así como la garantía de que los beneficios de la IA se distribuyan equitativamente.

4. No Maleficencia: Los sistemas de IA deben ser diseñados y utilizados de manera que no causen daño. Esto incluye la implementación de salvaguardias para proteger los derechos humanos y prevenir el uso indebido de la IA.

A la luz de estos principios, se logrará que el desarrollo y uso de la IA se realice de manera que promuevan y protejan los derechos humanos, asegurando que los beneficios de estas tecnologías se distribuyan equitativamente y que se minimicen los riesgos, en donde la colaboración entre gobiernos, organizaciones internacionales, la sociedad civil y el sector privado es esencial para crear un marco ético y regulatorio robusto que garantice el respeto a los derechos humanos en la era de la inteligencia artificial.

Al respecto, es importante mencionar que existen marcos regulatorios actuales como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea que entró en vigor en 2018 y establece normas estrictas sobre la protección de datos personales y la privacidad.

También se encuentra la Ley de Privacidad del Consumidor de California (CCPA) de 2020 que establece derechos sobre el acceso, eliminación y control de sus datos personales, además, se aplica a los sistemas de IA que manejan los mismos.

En ese mismo año 2020 surgió la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea que clasifica los sistemas de IA en diferentes niveles de riesgo (inaceptable, alto, limitado y mínimo). El resultado de esto ha sido el Acta de Inteligencia Artificial de la UE que entró en vigor el 1 de agosto de 2024 y busca fomentar el desarrollo y despliegue responsable de la inteligencia artificial en la UE, protegiendo la salud, seguridad y derechos fundamentales de los ciudadanos

En el caso de México, en este año 2024 se ha propuesto una ley específica para la regulación ética de la IA, que busca garantizar que el desarrollo y uso de la IA respeten los derechos humanos y promuevan la equidad y la justicia.

Además de esto, existen Iniciativas Internacionales y Tratados, entre los que destacan, a saber:

1. La Declaración de Montreal para una IA Responsable, firmada en 2018, que establece principios éticos para el desarrollo y uso de la IA, incluyendo la promoción del bienestar, respeto a la autonomía y protección de la privacidad.

2. Principios de la OCDE sobre la IA que fueron adoptados en 2019 y buscan garantizar que la IA se desarrolle y utilice de manera que beneficie a la sociedad en su conjunto.

3. Recomendación de la UNESCO sobre la Ética de la IA de 2021, cuando los 193 estados miembros aprobaron el primer marco ético sobre inteligencia artificial.

4. Iniciativa Global sobre la Ética de la IA de la ONU adoptada en 2021.

Todo este marco da muestra de cómo la regulación y la ética de la inteligencia artificial son esenciales para garantizar que esta tecnología se desarrolle y utilice de manera que respete y promueva los derechos humanos. Sin embargo, es crucial seguir trabajando en la mejora de estos marcos y principios para adaptarse a los rápidos avances tecnológicos y garantizar un desarrollo sostenible y equitativo.

V. REFLEXIONES FINALES

Ante este acelerado panorama tecnológico y constante evolución de la inteligencia artificial, los gobiernos y organizaciones internacionales deben colaborar para diseñar y fortalecer marcos regulatorios especializados que les permitan proteger eficazmente una variedad de derechos humanos en un entorno digital en constante evolución. Los instrumentos regulatorios deben ser diseñados como herramientas dinámicas a la vez que integran un

sólido sistema de monitoreo y vigilancia basado en la rendición de cuentas que pueda detectar y abordar rápidamente las brechas conforme surjan. Además, los legisladores deben trabajar en estrecha colaboración no solo con los técnicos, sino con académicos, sociedad civil y organismos reguladores, esto es crucial para que estas normativas se traduzcan de manera práctica en políticas operativas que acompañen la evolución de la IA, logrando que los estándares éticos y legales se mantengan a la par de los rápidos avances tecnológicos.

Al mismo tiempo, la transparencia debe convertirse en otro pilar central en el desarrollo y uso de la inteligencia artificial. Aquí, tanto los desarrolladores como los usuarios tienen la obligación de desclasificar los datos, algoritmos y métodos que sustentan los sistemas en acceso comprensible y justo. Esto no solo mejorará la confianza pública en torno a esas tecnologías, sino que también facilitará a las autoridades la aplicación de auditorías independientes y la creación de perfiles para abordar cualquier error operativo eficaz o explotación indebida. Además, al abrir estos procesos a la comunidad se genera un ambiente de corresponsabilidad que motiva a un análisis permanente, en el que los errores y sesgos pueden ser corregidos de inmediato, de modo que las decisiones tomadas por la IA sean justas y no reproduzcan inequidades históricas.

Al mismo tiempo, es urgente abordar el problema de los sesgos. Si se introducen durante la selección de los datos a utilizar en el entrenamiento del modelo o como base para el diseño del algoritmo, podrán provocar decisiones discriminatorias y amplificar la proliferación de la desigualdad en la sociedad. La remoción de estos sesgos no se encuentra al alcance de la mano en un proceso simple ya que se necesitan técnicas avanzadas de análisis y corrección y, además, la participación de equipos interdisciplinarios dedicados a evaluar el rendimiento del software. Por lo tanto, se requieren protocolos de validación cruzada adecuados y una cultura de equidad que asegure un uso justo y beneficioso de la inteligencia artificial en todos los sectores sin que las víctimas históricas sean victimizadas o excluidas. Es a través de esto que se convierte en una tecnología liberadora, no replicando injusticias sino creando el florecimiento del mañana.

Además, no se puede obviar la protección de la privacidad y la seguridad de los datos personales. En un momento en que la información se ha convertido en un activo esencial, es vital que todo el desarrollo e implementación de cualquier sistema de inteligencia artificial integre, a lo largo de todo el proceso de desarrollo destrucción, el concepto de "integración de la privacidad" para garantizar la confidencialidad y la integridad de los datos. De este modo, se protege no solo el derecho a la privacidad, sino también la dignidad y seguridad de cada individuo, cimentando una base de confianza necesaria para la aceptación y el éxito de las nuevas tecnologías.

Por último, la necesidad de considerar de forma transversal los principios éticos de beneficencia, no maleficencia, justicia y equidad a lo largo de todo el ciclo de vida de la inteligencia artificial, es esencial para garantizar su correcto desarrollo. Estos valores, presentes a lo largo de la historia de disciplinas como la medicina y la ética social, presentan en la tecnología un campo de trabajo que implica un deber de compromiso que no puede ser ignorado.

Agregar estos principios supone, igualmente, la creación de comités éticos interdisciplinarios y la realización de evaluaciones de impacto social antes de la implementación y la creación de mecanismos de participación ciudadana que garanticen que la sociedad en su amplitud contribuya para construir un futuro en que la innovación y los derechos humanos sean inescindibles. Con ello se garantiza, en conjunto, que el diseño, desarrollo y despliegue de aplicaciones y sistemas de inteligencia artificial se incluye el bienestar colectivo, se minimizan los riesgos y se garantiza que cada avance tecnológico se traduzca en un beneficio tangible para todos.

Por último, resulta de gran valor impulsar el desarrollo de la inteligencia artificial y su uso considerado como herramienta de vanguardia en la promoción y protección de los derechos humanos. El campo de IA aplicado a áreas tan críticas como la justicia, salud, educación y servicios sociales promete ser transformador y convertir los desafíos en oportunidades. En el marco de estos ámbitos pueden crearse tecnologías de asistencia capaces de igualar el acceso

de las poblaciones a servicios críticos, eliminar las barreras estructurales y optimizar la distribución de recursos.

VI. FUENTES SELECTAS

ANGWIN, Julia, *et. al.,* "Machine Bias", Pro Publica, 2016, *https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing.*

CNDH MÉXICO, "¿Qué son los derechos humanos?", *https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos.*

MCNEILLY, Melissa, "Los riesgos de la inteligencia artificial (IA) para los derechos humanos", New Tactics in Human Rights, s.l.i., 2023, *https://www.newtactics.org/blog/human-rights-risks-artificial-intelligence-ai.*

NACIONES UNIDAS, "La inteligencia artificial debe tomar como base los derechos humanos, declara el Alto Comisionado", *https://www.ohchr.org/es/statements/2023/07/artificial-intelligence-must-be-grounded-human-rights-says-high-commissioner.*

RAINFOREST CONNECTION, "¿Cuál es la forma más eficaz de detener el cambio climático? Salvar las selvas tropicales", *https://rfcx.org.*

SALVADOR, Patricia, "Jueces robot basados en inteligencia artificial y su aplicación", Status, *https://statusbolivia.com/news;id=-M2510MIICQ5_jKehmey.*

SCHMITT, Carolyn, "Evaluación del impacto de la inteligencia artificial en los derechos humanos", Universidad de Harvard, 2018, *https://hls.harvard.edu/today/evaluating-the-impact-of-artificial-intelligence-on-human-rights/.*

SEEINGAI, "Viendo la IA Cámara parlante para ciegos", *https://www.seeingai.com.*

UNESCO, "Hacia una inteligencia artificial desde un enfoque de Derechos Humanos: artículo de opinión", s.l.i, 2023, *https://www.unesco.org/es/articles/hacia-una-inteligencia-artificial-desde-un-enfoque-de-derechos-humanos-articulo-de-opinion.*

ÜNVER, H. Akin, "Inteligencia artificial (IA) y derechos humanos: el uso de la IA como arma de represión y su impacto en los derechos humanos", Centro de Estudios Parlamento Europeo, 2024, *https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EXPO_IDA%282024%29754450.*

WILD TRACK, "Our Mission", *https://www.wildtrack.org.*

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN REDES SOCIALES: NUEVAS FORMAS DE AGRESIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL

Gloria Auriestela Hernández Pérez
Profesor Titular en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Guillermo de la Cruz Hernández
Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Fecha de recepción: 26/05/2025
Fecha de aceptación: 14/08/2025

RESUMEN: Hablar de violencia digital, aunque aparentemente sencillo, reviste una complejidad significativa debido a la naturaleza intangible de su propagación y alcance. Este análisis busca profundizar en la violencia de género, examinando el impacto pernicioso de las redes sociales y las diversas tipologías de agresión en línea. Se enfatiza la responsabilidad colectiva de la sociedad en la erradicación de la violencia digital, así como la crucial función de las legislaciones en la creación y mantenimiento de espacios seguros en el entorno digital.

ABSTRACT: Discussing digital violence, although seemingly simple, is significantly complex due to the intangible nature of its spread and reach. This analysis seeks to delve deeper into gender-based violence, examining the harmful impact of social media and the various types of online aggression. It emphasizes society's collective responsibility to eradicate digital violence, as well as the crucial role of legislation in creating and maintaining safe spaces in the digital environment.

PALABRAS CLAVE: Redes sociales, violencia, género.

KEYWORDS: Social networks, violence, gender.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. Tipificación de la violencia de género, 3. Violencia digital, 4. Redes sociales, 5. Ley Olimpia, 6. Prevención de la violencia de género, 7. Conclusiones, 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

El estudio de las patologías de la violencia en la actualidad es un tema de interés público, ya que de acuerdo con los avances científicos y tecnológicos el concepto ha escalado hasta puntos intangibles que hoy en día parecen difíciles de regular conforme a la ley.

Como primer parámetro tenemos a la violencia de género es una de las más comunes a nivel nacional y mundial y que más afecta en los derechos humanos de las victimas

Dentro de los grupos más vulnerados por temas de violencia se tiene a las mujeres como las principales víctimas por lo que la violencia de genero representa uno de los focos rojos que requieren de la atención e intervención inmediata.

En la actualidad se han promulgado y reformado leyes que protegen y salvaguarden la integridad de las mujeres y niñas, la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en su artículo define la violencia de género como:

"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada" (ONU, 1993).

La ONU MUJERES define la violencia de género como "actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género. Tiene su origen en la desigualdad de género, el abuso de poder y la existencia de normas dañinas" (UNRIC, 2023).

Cabe resaltar que quien ejerce violencia de género es aquella que tiene el poder sobre la otra persona que por lo general son las mujeres quienes son sometidas a este tipo de violencias esto no exime que los hombres también puedan sufrir violencia.

Ana Jesús López, en su libro violencia de genero define a la violencia de género como un atentado contra la dignidad e integridad psicológica, moral y física de quienes la sufren, representando la máxima manifestación de la desigualdad entre mujeres y hombres siendo aun hoy, la principal causa de muerte violenta en las mujeres (Diaz, 2019).

Es importante mencionar que la violencia de genero no se debe a un contexto cultural, social o económico, es un problema que afecta a nivel mundial y erradicarla es un trabajo muy duro. La violencia de genero siempre ha existido sin embargo en los últimos años se ha buscado erradicarla mediante leyes, sensibilización y educación de la sociedad

Es importante hablar de violencia de género y más en esta era tan moderna donde la violencia ha llegado muy lejos debido a las nuevas tecnologías que están al alcance de todos. Ya no solo se violenta de manera social o física, sino que también de manera digital.

En un estudio realizado por el INEGI en 2021 las estadísticas de violencia "a nivel nacional, del total de mujeres de 15 años y más, 70.1 % han experimentado al menos un incidente de violencia, que puede ser psicológica, económica, patrimonial, física, sexual o discriminación en al menos un ámbito y ejercida por cualquier persona agresora a lo largo de su vida" (INEGI, 2021), siendo las mujeres las más vulnerables y violentadas.

Estamos hablando que más del 50% de la población de mujeres sufre o ha sufrido alguna vez violencia, por ello la relevancia hacia las perspectivas de genero ya que las consecuencias que las mujeres que sufren violencia muchas veces son irreparables.

2. TIPIFICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de genero se presenta en diferentes formas y de diversas personas, por lo que puede presentarse de manera privada o pública. Constituyendo en características diferentes, de acuerdo con su modalidad;

La Ley de Acceso de las Mujeres a Una Vida libre de Violencia de la CDMX, (LGAMVLV, 2008). reconoce 11 tipos de violencia contra la mujer antes solo se reconocían 7 de la misma manera se modificaron las modalidades de violencia y de 7 ahora se reconocen 10.

1. Violencia Psicoemocional:
2. La violencia física.
3. La violencia patrimonial.
4. La violencia económica.
5. La violencia sexual.
6. Violencia contra los Derechos Reproductivos.
7. Violencia Obstétrica.
8. Violencia Feminicida.
9. Simbólica.
10. Violencia Vicaria
11. Violencia por ataques con ácido, sustancias químicas o corrosivas.

Las modalidades de violencia son las diversas formas de violencia que se ejerce sobre la mujer.

Modalidades de violencia:

I. -Violencia Familiar.
II. Violencia en el noviazgo.
III. Violencia Laboral.
IV. Violencia Escolar.
V. Violencia Docente.
VI. Violencia en la Comunidad.
VII. Violencia Institucional.
VIII. Violencia mediática contra las mujeres.
IX. Violencia Política debido a Género.
X. Violencia digital.

Se podría separar los tipos de violencia y las modalidades de violencia en dos grupos, uno privado y el otro publico

- En el ámbito privado; puede ser con amigos, familiares, la pareja, la violencia patrimonial, económica y doméstica. Que son menos notorios que los otras con esto no se quieren decir que sean menos importantes.
- En el ámbito público; se presenta en escuelas, trabajo, comunidad, política y violencia digital.

Una reciente modalidad de denigrar y violentar a la mujer es a través de las redes sociales, mismas que hoy en día tienen un gran alcance, ya que en ellas se conocen personas a nivel local y de distintas partes del mundo, sin embargo, esto representa un arma de doble filo ya que, así como tienen alcance para interactuar sin barreras físicas, tiene la capacidad de ser un medio para desprestigiar a las personas a larga distancia y sin consecuencias inmediatas.

3. VIOLENCIA DIGITAL

En El panorama digital en México revela una problemática alarmante y persistente: la violencia en línea, con una incidencia particularmente preocupante en la población femenina. Los datos emanados del Módulo de Ciberacoso (MOCIBA) 2022 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) pintan un cuadro sombrío, donde 9.8 millones de mujeres usuarias de internet de 12 años o más fueron víctimas de ciberacoso, contrastando significativamente con los 7.6 millones de hombres en la misma situación (INEGI, 2023). Esta disparidad estadística subraya una realidad innegable: las mujeres son desproporcionadamente el blanco de agresiones y hostigamiento en el entorno digital. La magnitud de estas cifras exige una atención inmediata y una comprensión profunda de las dinámicas subyacentes. La violencia digital no es un fenómeno etéreo o menor; su impacto es tangible y profundo, permeando la vida de millones de mujeres y perpetuando un ciclo de vulnerabilidad que no puede seguir siendo ignorado.

La legislación mexicana, consciente de esta problemática creciente, ha buscado definir y tipificar la violencia en el espacio digital. La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) incorpora en su Artículo 20 Quáter una definición precisa de violencia digital. Esta la describe como "toda acción dolosa realizada mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, por la que se exponga, distribuya, difunda, exhiba, transmita, comercialice, oferte, intercambie o comparta imágenes, audios o videos reales o simulados de contenido íntimo sexual de una persona sin su consentimiento, sin su aprobación o sin su autorización y que le cause daño psicológico, emocional, en cualquier ámbito de su vida privada o en su imagen propia" (LGAMVLV, 2008). Esta definición legal es crucial para reconocer la especificidad de las agresiones en línea y para establecer un marco jurídico que permita su persecución y sanción.

En consonancia con la legislación de nuestro país, organismos internacionales como ONU Mujeres también han definido la violencia en línea o digital contra las mujeres como "cualquier acto de violencia cometido, asistido o agravado por el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones (teléfonos móviles, Internet, medios sociales, videojuegos, mensajes de texto, correos electrónicos, etc.) contra una mujer por el hecho de serlo" (ONU MUJERES, 2024). Esta perspectiva internacional enfatiza cómo la violencia digital se inscribe dentro de un continuum de violencia de género, donde las tecnologías actúan como un nuevo medio para perpetuar la discriminación y el daño hacia las mujeres.

La violencia digital se manifiesta a través del uso de las nuevas tecnologías – internet y redes sociales principalmente – como plataformas para incitar al odio, el rechazo, la burla, la discriminación o las críticas dirigidas hacia individuos, y de manera alarmante, hacia las mujeres de forma sistemática. ONU Mujeres desglosa esta forma de violencia en tres categorías principales, que ilustran la diversidad de las agresiones en el entorno digital:

- Ciberacoso: Definido como el envío reiterado de mensajes intimidatorios o amenazantes, buscando generar miedo, angustia y control sobre la víctima.
- Sexting no consentido: Que abarca el envío o la difusión de mensajes o fotografías de contenido sexual explícito sin la autorización de la persona involucrada, vulnerando su intimidad y exponiéndola a posibles daños psicológicos y sociales.
- Doxing: Consistente en la publicación de información privada o identificativa sobre una persona sin su consentimiento, con la intención de exponerla, humillarla o facilitar otras formas de acoso o violencia en línea y fuera de ella.

La comprensión de estas categorías es indispensable para dimensionar la complejidad de la violencia digital y para diseñar estrategias efectivas de prevención, atención y sanción. La prevalencia de estas formas de agresión, especialmente dirigidas hacia las mujeres, exige una respuesta integral que involucre a instituciones gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, plataformas digitales y la sociedad en su conjunto. Solo a través de un esfuerzo coordinado se podrá mitigar este grave problema y garantizar un entorno digital seguro y libre de violencia para todas las personas.

4. REDES SOCIALES

Las redes sociales se han consolidado como pilares fundamentales de la interacción en el siglo XXI, trascendiendo su función inicial como meros canales de comunicación para convertirse en complejos ecosistemas digitales donde convergen individuos, organizaciones e información. Definidas como "estructuras formadas en Internet por personas u organizaciones que se conectan a partir de intereses o valores comunes", estas plataformas facilitan la creación de relaciones interpersonales y profesionales de manera ágil, desdibujando fronteras geográficas y jerarquías tradicionales (RD STATION, 2024). La ubicuidad de las redes sociales es innegable, como lo demuestran las estimaciones de Forbes México, que cifran en 4,760 millones el número de usuarios a nivel mundial, una cifra que representa casi la totalidad de los 5,160 millones de internautas globales y un significativo 59.4% de la población total (Forbes México, 2023).

En el contexto mexicano, el crecimiento en el acceso a las tecnologías de la información, y particularmente a internet a través de dispositivos móviles, ha sido exponencial. Datos de la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) del INEGI revelan que el número de usuarios de internet se duplicó entre 2015 y 2023, experimentando un aumento superior al 200% en tan solo ocho años, pasando de 45,283,592 a la impresionante cifra de 94,237,405 personas con acceso a internet a través de un smartphone. Este dato es crucial, ya que el teléfono inteligente se ha erigido como el principal medio a través del cual se perpetran las prácticas de violencia de género en el entorno digital.

La popularidad de las redes sociales radica en su capacidad para ofrecer entretenimiento, facilitar la conexión con comunidades de interés y democratizar el acceso a la información. La innovación constante y la diversidad de plataformas existentes contribuyen a su atractivo y a su arraigo en la vida cotidiana de millones de personas. Un estudio de STATISTA (STATISTA, 2024) arroja luz sobre las redes sociales más utilizadas en México, destacando la preeminencia de:

Facebook (93.2%)

WhatsApp (92.2%)

Instagram (80.4%)

Facebook Messenger (79.9%)

TikTok (76.5%)

El liderazgo de Facebook y WhatsApp en términos de uso en México los convierte, paradójicamente, en blancos privilegiados para la difusión de información, incluyendo aquella que puede ser perjudicial y dañina, especialmente para las mujeres. La facilidad con la que se pueden compartir contenidos en estas plataformas, si bien facilita la comunicación, también abre la puerta a la difamación, el acoso y otras formas de violencia digital. En esta nueva era electrónica, la inmediatez y el anonimato que a menudo ofrecen las redes sociales pueden fomentar una cultura de crítica y agresión desmedida, ignorando el profundo impacto que estas acciones pueden tener en la vida de las víctimas.

El impacto de las redes sociales en la sociedad contemporánea es innegablemente significativo. Si bien facilitan la comunicación instantánea y la conexión global, también presentan desafíos considerables, como la proliferación de la desinformación y la exposición de datos personales y la vida privada. Esta dualidad ha motivado la creación de legislación en materia de acoso y violencia digital, un camino complejo que requiere abordar la falta de conciencia sobre las implicaciones de las publicaciones en línea y la necesidad de fomentar una mayor responsabilidad en el uso de estas herramientas digitales. La tarea pendiente es lograr que estos poderosos medios de conexión se conviertan en espacios seguros y respetuosos para todos, especialmente para las mujeres que, como hemos visto, son las más afectadas por la violencia que se gesta en su seno.

5. LEY OLIMPIA

La ley Olimpia consiste en un conjunto de reformas a la LGAMVLV y al artículo 199 del Código Penal Federal que tiene como principal fin reconocer la existencia de la violencia digital y los medios para sancionar a los agresores por delitos de ciber violencia.

Si bien la ley Olimpia va encaminada atender delitos de violencia de tipo sexual forma parte de un precedente que sienta las bases para sancionar a los agresores de los ciberdelitos. Siendo esta ley un parteaguas para enmarcar los diferentes tipos de violencia digital que existen que si bien es cierto llevan un buen rato existiendo con la diferencia que no habían sido exhibidos ni nombrados y mucho menos reconocidos.

En México, en 2016. Olimpia Coral junto a otras activistas visibilizaron los tipos y formas de violencia digital, partiendo desde ahí los diferentes tipos de violencia digital que hoy se conoce.

Las activistas en su manual destacaron los siguientes tipos de violencia de digital:

Insultos electrónicos - expresiones emitidas por medios digitales que tienen la intención de ofender, denigrar, causar malestar y molestar a alguien.

- Violación de datos personales - pérdida, alteración, destrucción o difusión no consentida, accidental o ilícita de datos o información personales en posesión de una persona física o moral. También puede incluir el acceso no autorizado a comunicaciones privadas o a cuentas y perfiles de otras personas.
- Asecho / Stalking - persecución, vigilancia y/o asecho obsesivo de las actividades virtuales de una persona.
- Hostigamiento virtual - conductas violentas, ofensivas y de maltrato, constantes y reiteradas contra una persona o grupo de personas a través de redes sociales...
- Suplantación virtual - apropiación indebida, comúnmente malintencionada y sin consentimiento de la identidad digital de otra persona. Puede ser a través del uso de su imagen u otros datos para la creación de perfiles falsos…
- Difamación virtual - Uso de medios digitales para emitir una acusación o denuncia falsa o desproporcionada de una persona para dañar su reputación, imagen, dignidad u honor en perjuicio de sus vínculos, medios de subsistencia, entre otras afectaciones. (Oropa, julio, 2022)

Esto por mencionar solo alguno de los tipos de violencia digital a la que se está expuesto.

Este tipo de violencia no debería estar aislado de los otros tipos de violencia ya que al igual que la violencia física también provoca daños psicológicos y sociales.

6. PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DIGITAL.

Ante la alarmante prevalencia de la violencia de género, incluyendo su manifestación en el ámbito digital, han surgido diversas iniciativas con el objetivo primordial de concientizar a la sociedad y visibilizar esta problemática. Un ejemplo emblemático de estos esfuerzos es la campaña del Día Naranja, que se conmemora cada 25 de mes. Esta jornada busca generar conciencia y promover acciones concretas para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas, recordando la urgencia de construir un mundo libre de violencia. Al igual que esta campaña, numerosas otras iniciativas se gestan continuamente con la esperanza de erradicar las múltiples formas de violencia que persisten en la actualidad.

En este sentido, es destacable la labor de instituciones como la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), que ha implementado un código de ética para la prevención de la violencia digital contra las mujeres. Este código no solo subraya la importancia de prevenir estas agresiones, sino que también ofrece una guía sobre cómo actuar en caso de ser víctima de violencia en línea (inmujeres.gob.mx, 2022). Las acciones preventivas delineadas por la PROFECO son fundamentales para fomentar un uso responsable y seguro del entorno digital, e incluyen recomendaciones cruciales como:

- **Abstenerse de reproducir contenido discriminatorio**: Evitar la difusión de mensajes, imágenes o videos que atenten contra la dignidad de las personas.
- **No almacenar contenidos sexuales no consensuados:** Respetar la privacidad y la intimidad de los demás, evitando la posesión de material íntimo sin consentimiento.
- **Reportar el robo de información personal:** Actuar con diligencia ante cualquier vulneración de la seguridad digital para prevenir su uso malicioso.
- **No reproducir ni compartir contenido sexual sin consentimiento:** La difusión de material íntimo sin la autorización explícita constituye una grave forma de violencia digital.
- **El consentimiento debe ser siempre primordial:** Asegurarse de contar con la aprobación explícita antes de compartir cualquier tipo de contenido personal o íntimo.
- **Ser cauteloso al proporcionar datos personales:** Limitar la información compartida en línea para minimizar el riesgo de exposición y mal uso.
- **Reportar cualquier forma de violencia digital:** Utilizar los mecanismos disponibles en las plataformas y ante las autoridades competentes para denunciar agresiones en línea.
-

Una de las complejidades de la violencia digital radica en la facilidad con la que los agresores pueden operar desde el anonimato, creando perfiles falsos para acosar y denigrar a sus víctimas. Es importante señalar que los perpetradores no se limitan a un solo género: también existen mujeres que incurren en ofensas, burlas, críticas, difusión de contenido sexual o actos de discriminación hacia otras mujeres. La naturaleza inherentemente abierta y a menudo anónima de plataformas populares como Facebook, Instagram o TikTok facilita la exposición de las víctimas, ya que los agresores pueden actuar detrás de una pantalla sin una aparente consideración por las consecuencias de sus actos. La distancia virtual puede generar una desconexión emocional que disminuye la percepción del daño causado.

En este contexto, resulta necesario intensificar y expandir las campañas de concientización contra la violencia digital dirigidas a las mujeres en todos los medios electrónicos. Estas iniciativas son esenciales para educar a la población sobre las diversas formas que adopta esta violencia, sus devastadores efectos y los mecanismos de denuncia y apoyo disponibles.

En última instancia, el objetivo es transformar las redes sociales en espacios digitales seguros para las mujeres, donde puedan compartir contenido, interactuar y expresarse libremente sin el temor constante a ser violentadas. Esto requiere un esfuerzo colectivo que involucre a las plataformas digitales en la implementación de medidas de seguridad más robustas, a las autoridades en la persecución efectiva de los agresores y, fundamentalmente, a la sociedad en la adopción de una cultura de respeto, empatía y responsabilidad en el entorno virtual.

7. CONCLUSIÓN.

En conclusión, el esfuerzo legislativo, el activismo y la labor de las instituciones de protección a la mujer han sentado bases importantes en la lucha contra la violencia digital, cada uno cumpliendo un rol dentro de sus respectivas competencias. Si bien la necesidad de una legislación más efectiva y específica en torno a los actos de violencia en el entorno digital persiste, es innegable que el eslabón crucial para erradicar esta problemática reside en la sociedad misma. La falta de conciencia y empatía sobre el impacto de lo que se publica y comparte en redes sociales constituye un obstáculo fundamental para lograr un cambio significativo.

La sociedad, en muchos casos, adolece de una profunda carencia de valores fundamentales, lo que se manifiesta en la proliferación de la violencia digital. La ligereza con la que se emiten comentarios hirientes, a menudo minimizados con la frase "¡ay!, es solo un comentario", revela una alarmante incapacidad para dimensionar el daño psicológico y emocional que estas palabras pueden infligir. La ausencia de la retroalimentación visual y emocional directa, inherente a la comunicación en línea, contribuye a esta desconexión y perpetúa la difusión de burlas, críticas destructivas y mensajes de odio a través de las redes sociales.

La violencia digital ejercida contra las mujeres no es un fenómeno aislado; representa una grave violación de sus derechos humanos fundamentales, obstaculizando su libre acceso a espacios seguros de información y comunicación digital. El derecho a la igualdad y a la no discriminación se ve directamente afectado por las agresiones que sufren en línea, limitando su participación plena y segura en el entorno digital.

A menudo, la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados por la violencia digital permanece invisible a simple vista. Sin embargo, sus efectos son profundos y duraderos, manifestándose en rechazo social, ansiedad, depresión, angustia, frustración e impotencia. El coraje que surge al presenciar la proliferación de comentarios maliciosos y publicaciones que ridiculizan y critican a las mujeres por su trabajo, estatus o incluso sus preferencias personales es un reflejo del clima hostil que se gesta en línea. La exposición en redes sociales deja una huella digital imborrable, donde contenidos dañinos pueden resurgir y reactivar el ciclo de acoso, perpetuando el sufrimiento de las víctimas.

Es imperativo que las víctimas de violencia digital rompan el silencio y denuncien este delito. No deben normalizar ni tolerar los comentarios hirientes o las burlas que experimentan en las redes sociales. Hacer frente a esta problemática es fundamental para generar una mayor conciencia sobre su gravedad y sus consecuencias.

Finalmente, la educación y la concientización de las nuevas generaciones se erigen como pilares fundamentales para construir un futuro digital más seguro y respetuoso. Es crucial inculcar desde temprana edad la importancia de la empatía, la responsabilidad digital y la comprensión de las devastadoras consecuencias que la violencia en línea puede acarrear. Solo a través de un cambio cultural profundo, donde la conciencia social y la responsabilidad individual primen en el uso de las tecnologías digitales, podremos aspirar a un entorno en línea donde la violencia contra las mujeres sea erradicada y sus derechos digitales plenamente garantizados.

8. BIBLIOGRAFÍA

Diaz, A. J. (2019). *Violencia de Genero: Persistencias y nuevas formas.* Madrid España: Los libros de la Catara.

Forbes México. (04 de septiembre de 2023). Obtenido de Forbes, F. (2023, 4 de septiembre). Redes Sociales: casi el 60% de la población mu https://www.forbes.com.mx/redes-sociales-casi-el-60-de-la-poblacion-mundial-ya-las-usa/

Hernandez Pérez, G. A. (2023). *El derecho a una vida libre de violencia para las mujeres y niñas de Tabasco.* Ciudad de México: INMUJERES.

INEGI. (2021). *Instituto Nacional de Estadística y Geografía*. Obtenido de Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH): https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/vcmm/

INEGI. (Julio de 2023). *Instituto Nacional de Estadística y Geografía.* Obtenido de Modulo sobre ciberacoso 2022: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/mociba/2022/doc/mociba2022_resultados.pdf

inmujeres.gob.mx. (26 de abril de 2022). Obtenido de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CodigoEticaProfecoInmujeresRev080922.pdf

LGAMVLV. (29 de Enero de 2008). *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.* Obtenido de Reforma, Diario Oficial de la Federación (D.O.F.), 19 de febrero de 2024: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/images/leyes/leyes/LEY_DE_ACCESO_DE_LAS_MUJERES_A_UNA_VIDA_LIBRE_DE_VIOLENCIA_DE_LA_CDMX_10.pdf

LGAMVLV. (29 de Enero de 2008). *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.* Obtenido de Secretaria de Seguridad Ciudadana: https://www.ssc.cdmx.gob.mx/storage/app/media/Subsecretaria%20de%20Inteligencia%20e%20investigacion%20Policial/Policia%20Cibernetica/Imagenes/violencia%20digital/MARCO%20LEGAL.pdf

ONU. (20 de Diciembre de 1993). *Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women

ONU MUJERES. (2024). *Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas: https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence

Oropa, M. H. (julio, 2022). *violencia digital. un estudio de los perfiles de agresores y sobrevivientes de la violencia sexual digital.* Mexico: al. Obtenido de https://search.app/gjoAY4ER4ZfNZpVP7

RD STATION. (2024). *RD STATION*. Obtenido de Todo lo que necesitas saber sobre; Redes sociales: https://www.rdstation.com/es/redes-sociales/#:~:text=Las%20redes%20sociales%20son%20estructuras,sin%20jerarqu%C3%ADa%20o%20l%C3%ADmites%20f%C3%ADsicos

STATISTA. (22 de Mayo de 2024). Obtenido de https://es.statista.com/estadisticas/1035031/mexico-porcentaje-de-usuarios-por-red-social/

UNRIC. (17 de Junio de 2023). *Naciones Unidas Centro Regional de Información*. Obtenido de La violencia de género es una de las violaciones más generalizadas de los derechos humanos en el mundo: https://unric.org/es/la-violencia-de-genero-segun-la-onu/

EL CIBERACOSO COMO NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA. UN RIESGO EN LA SOCIEDAD ACTUAL DE LA INFORMACIÓN

MSc. Mileidy García Plá.
Categoría profesional: Consultor A en Servicios y Asistencia Legal (Jefa de Grupo Técnico) en la Empresa Provincial de Consultoría y Servicios Legales CONSEL.
Profesora auxiliar a tiempo parcial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

Fecha de recepción: 11/06/2024
Fecha de aceptación: 15/07/2024

RESUMEN: El ciberacoso constituye una nueva forma de violencia o acoso basada en el empleo de herramientas telemáticas, tales como Internet, las redes sociales, el correo electrónico y la telefonía móvil fundamentalmente, los que están en proceso constante de desarrollo a partir del auge que han alcanzado las nuevas tecnologías de la información, las relaciones y la comunicación (TRIC) en el mundo actual. En Cuba este fenómeno se presenta como una problemática social con una escasa regulación jurídica, por lo cual a partir de su definición e identificación de las modalidades más frecuentes de ciberacoso, se logra sistematizar la respuesta de la legislación cubana vigente a partir de considerar la existencia de vacios legales, lagunas en la regulación existente y dispersión normativa ante las reformas legales que desde la aprobación de la nueva Constitución de la República, se vienen realizando paulatinamente en el país. Por tanto, con este trabajo se aporta una sistematización teórica- doctrinal y normativa sobre el ciberacoso, a fin de visibilizar y generar mayor sensibilización en la sociedad y las personas que interactúan en el ámbito de las relaciones sociales y profesionales. El marco metodológico se sustenta principalmente en la revisión bibliográfica, de instrumentos internacionales y de normas jurídicas, así como la entrevista a directivos, trabajadores y operadores del Derecho en instituciones del territorio santiaguero.

ABSTRACT: The ciberbullying constitutes a form of violence or pursuit based on the employment of telematic tools, such as internet, the social nets, the electronic mail and the mobile telephony fundamentally, those that are in constant process of development starting from the peak that they have reached the new technologies of the information, the relationships and the communication (TRIC) in the current world. The prevention of the ciberbullying like risk has to be the necessary mechanism to combat this phenomenon, which presents a scarce juridical regulation in our country, reason why starting from its definition and identification of the most frequent modalities in ciberbullying, it is possible to systematize the answer from the Law to the phenomenon, especially as ciberseguridad incident from the approval of a recent regulatory scheme of the Ministry of Communications, including among these incidents to the ciberbullying and other forms of violence from the TRIC that can coexist in the current Cuban society. Therefore, with this work a proposal of stocks is contributed that from the legality and to tone with the effective regulatory scheme, allow in Cuba to show the phenomenon and to generate a bigger sensitization in the society and people in the environment of the social relationships and professionals. The utilized methodological mark is the bibliographical revision, international agreements and of juridical norms, as well as the interview to directives, workers and operators of the Law in institutions of Santiago de Cuba.

PALABRAS CLAVE: Ciberacoso, herramientas telemáticas, nuevas tecnologías de la información, las relaciones y la comunicación.

KEYWORDS: Ciberbullying, telematics tools, New Technologies of the Information, the relationships and the communication, Prevention, Cibersecurity.

SUMARIO: Introducción - El ciberacoso o acoso virtual. Consideraciones como problema social. - El ciberacoso como problema jurídico en Cuba. Análisis legislativo – Conclusiones - Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El ciberacoso ha emergido como una de las formas más insidiosas y prevalentes de acoso y violencia en la era digital, afectando de manera desproporcionada a menores, adolescentes, jóvenes y adultos en todo el mundo, Este fenómeno, caracterizado por la agresión deliberada y repetitiva a través de medios electrónicos, plantea serios desafíos tanto en el ámbito jurídico como en el social.

Diversos estudios realizados, sobretodo del entorno iberoamericano, han explorado las múltiples dimensiones del ciberacoso, evidenciando su impacto negativo en la salud mental y emocional de las víctimas, así como las limitaciones actuales en la legislación y las políticas públicas para abordar eficazmente este problema. (Borja Cuenca, et. al. 2024, p. 99)

El ciberacoso o acoso en línea es uno de los riesgos que hoy entraña para las personas la convivencia en esta era de la información y digitalización, el que se expresa como un daño intencionado y perpetrado a través de ordenadores, teléfonos móviles u otros aparatos electrónicos, el cual ante el auge alcanzado por las tecnologías de la comunicación, ha sentado las bases para que coexistan nuevas formas de ejercer la violencia a través de Internet y las redes sociales, dando lugar a prácticas de sexting o sextorsión, ciberstalking, online grooming, pornovenganza entre otros.

De tal forma, nos encontramos ante un problema multi e interdisciplinario, a la vez que es complejo y extendido a nivel mundial, donde se entremezclan los aspectos sociológicos, psicológicos, culturales, jurídicos y sociales. El mismo puede asumir diferentes formas de expresión, entre las más comunes el acoso en línea contra la mujer o por la orientación sexual e identidad de género (ciberviolencia de género), en las escuelas o centros educativos de los diferentes niveles de enseñanza (cyberbullying), y también en el marco de las relaciones laborales (ciberacoso laboral), por solo citar algunos de los más visibles.

La novedad, actualidad y relevancia del tema viene dado porque en Cuba no existen referentes teóricos de estudios profundos realizados sobre ciberacoso desde una perspectiva legal, que permita cuantificar en qué medida y hasta qué punto afecta a la ciudadanía y, mucho menos, en qué proporción se está ante un fenómeno digital que amplía las formas de ejercer la violencia en las relaciones personales y profesionales. La escasez de estudios de ciberacoso en nuestro país obedece, en muchos casos, a la tardía llegada de Cuba a la conexión digital, unido a que ha sido considerado como un fenómeno que no genera gran peligrosidad social, lo que considero responde, a que se trata de un tema oculto, invisibilizado, con ausencia de datos y de información precisa al respecto, donde es escasa la cultura de los internautas en la red, los que muchas veces no logran identificar cuándo están viviendo alguna situación de ciberacoso, ni qué hacer para denunciarlo.

La actualidad del tema también se determina por la entrada en vigor en fecha 25 de junio de 2021, del Convenio 190 y la Recomendación 206, ambas dictadas por la Organización

Internacional del Trabajo (OIT), sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; quedando comprendidas de forma expresa estas conductas realizadas por medio de las nuevas tecnologías informáticas.

En materia normativa sobre el tratamiento al ciberacoso, en Cuba existen normas jurídicas aprobadas a raíz de la proclamación de la nueva Constitución de la República, que tocan parcialmente al fenómeno del ciberacoso, pero aún carece de un abordaje integral, por lo que resulta necesario, teniendo en cuenta criterios teórico- doctrinales y de Derecho Comparado, proponer presupuestos normativos para una futura ley sobre ciberviolencia y ciberacoso, que tenga en cuenta sus características y particularidades propias, aportando un tratamiento desde los diferentes espacios donde se presenta, que conjugue armónicamente la prevención de estos hechos y su enfrentamiento oportuno, minimizando los daños en las víctimas y la sociedad en general.

2. EL CIBERACOSO O ACOSO DIGITAL. CONSIDERACIONES SOBRE UN NUEVO PROBLEMA SOCIAL

Son múltiples las formas en las que pueden manifestarse la violencia y el acoso en el entorno laboral, sin embargo, hoy en día existe una nueva forma de violencia que va en aumento por año, y que no es otra que la que se produce a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), fenómeno éste que se conoce indistintamente en la doctrina como acoso cibernético, acoso digital o en red, o simplemente ciberacoso.

El uso constante de internet, las redes sociales, el teléfono móvil, la mensajería instantánea, correo electrónico, entre otros, sirve de vehículo idóneo para un sinfín de conductas que pueden ser constitutivas de violencia psicológica y que se manifiestan a través de actos de hostigamiento, persecución y acoso en cualquiera de sus formas: acoso psicológico, sexual o por razón de sexo.

Según Mendoza, E., (2012), define al ciberacoso como el acoso a través de la difusión maliciosa de información en la red, en mensajes de texto, redes sociales, correos electrónicos, en páginas web, blogs, salas de chat, etc. Puede ser información en texto, fotografías o imágenes modificadas o editadas. Todo a través de una computadora o teléfono móvil.

Así, siguiendo el camino de definir al acoso cibernético[1], se encuentran autores que lo definen como la conducta repetitiva de acercarse para amenazar a una persona por medio de las herramientas de Internet; es decir, mails, chats, tableros de foros, blogs, mensajes instantáneos, u otros instrumentos electrónicos de comunicación, con el fin de ridiculizar o atemorizar a cientos de conocidos y desconocidos; mientras que para otros es una conducta agresiva e intencional producida por uno o varias personas, que se repite de forma frecuente en el tiempo mediante el uso de dispositivos electrónicos sobre una víctima que no puede defenderse por sí misma fácilmente, por un individuo o grupo.

Los CyberAngels, una organización de seguridad de Internet, sugiere que las características que definen el acoso cibernético incluyen algunas o todas las siguientes características: la malicia, la premeditación, la repetición, la angustia, la obsesión, la venganza, o si es amenazante, acosador, angustiante, carece de propósito legítimo, persiste a pesar de las advertencias para detener, o se dirige personalmente.

Como se puede apreciar, son varios los conceptos que se manejan en la doctrina al momento de referirse al ciberacoso. Entre los más comunes podemos citar el acoso en línea, acoso electrónico o crueldad social en línea[2], haciendo referencia a todos los actos de lenguaje producidos por individuos o grupos que utilizan tecnologías digitales, que se publican masiva o repetidamente en canales de comunicación públicos o privados. Su propósito es dañar la psicología, el prestigio

[1] Estas definiciones son tomadas del artículo de los autores Blanca E. Retana Franco & Rozzana Sánchez Aragón, (2015), Acoso Cibernético: Validación en México del ORI-82. Acta de Investigación Psicológica.

[2] Otros términos para ciber-acoso son "acoso electrónico," "e-acoso," "acoso sms", "network mobbing", "acoso móvil" "acoso en línea", "acoso digital", "acoso por internet", "acoso en internet" o "internet acoso".

social de otra persona o grupo. Incluye insultos, difusión de rumores, publicación de imágenes vergonzosas, burlas sobre la raza, religión, origen étnico de alguien u orientación sexual, entre otros.

El ciberacoso es el término utilizado por primera vez por el educador canadiense Bill Belsey, el cual implica el uso de información electrónica y medios de comunicación para acosar a un individuo o grupo. Entendemos por medios de comunicación al correo electrónico, las redes sociales, los blogs, la mensajería instantánea, los mensajes de texto, los teléfonos móviles y los websites. El ciberacoso es siempre intencional e implica un daño recurrente y repetitivo infligido a través del medio del texto electrónico, pudiendo llegar a constituir un ilícito penal.

De estas definiciones se presupone que, para que se configure el acoso virtual en sentido general, deben concurrir los siguientes elementos:

1) Conducta o acción realizada por una persona o grupo de personas destinada a amenazar, insultar, intimidar, a una persona, con o sin connotación sexual, a través de medio electrónico informático o de comunicación, ya sea oral, escrita, visual o textual.

2) La víctima sufre daño físico, mental y emocional, lo que lleva a que sienta temor por su seguridad o la de su familia.

3) Creación de un ambiente hostil provocando afectación en las oportunidades, desempeño y beneficios de la persona en su trabajo, vida familiar o social.

La consideración de ver el ciberacoso como un problema social, también transita por los efectos que experimentan las víctimas, siendo entre los más resaltados, la ansiedad, humillación, la disminución del rendimiento y del nivel de autoestima, así como signos de depresión grave o, incluso, ideación suicida. (Fernández, F., Saguy, T., Halperin, E., 2015)

El acoso virtual o ciberacoso se debe realizar a través de las plataformas virtuales de difusión, debido al impacto social del daño a la víctima, como por ejemplo teléfonos móviles a través del cual el acosador puede tomar fotos o videos y difundirlos sin autorización de la víctima; contacto electrónico en el cual el acosador remite mensajes amenazantes o intimidatorios a la víctima; redes sociales, foros, blogs así como cualquier otro medio electrónico informático o de comunicación que tenga como finalidad intimidar, dañar, coaccionar o amenazar a la víctima, lo que genera graves daños psicológicos.

En relación a los tipos de ciberbullying que se manejan en la doctrina, al decir de Ramírez, 2021, entre los más frecuentes se encuentran el doxing, fraping, trolling, flaming, phishing, dissing, ciberstalking, harassment, y muchos más.

El doxing se refiere al acto de revelar abiertamente información sensible o personal sobre una persona sin su consentimiento, para avergonzarlo o humillarlo. Esto puede variar desde la difusión de fotos personales o documentos de figuras públicas, hasta compartir los mensajes personales guardados de un individuo en un grupo privado en línea. La clave es la falta de consentimiento de la víctima y la intención de hacerle daño con dicha difusión.

Mientras el fraping se sustenta en que el acosador usa las cuentas de redes sociales de otro para publicar contenido inapropiado con su nombre. Puede ser inofensivo cuando los amigos escriben publicaciones divertidas en los perfiles de los demás, pero tiene el potencial de ser increíblemente dañino. Por ejemplo, un acosador que publica insultos raciales u homofóbicos en el perfil de otra persona para arruinar su reputación.

Por su parte, el trolling consiste en que el acosador busca molestar intencionalmente a otros publicando comentarios inflamatorios en línea. Es bastante habitual en redes sociales, ya que se beneficia del anonimato que estas ofrecen. El trolling no siempre es una forma de ciberbullying, pero puede usarse como una herramienta para el ciberacoso cuando se realiza con intenciones maliciosas y dañinas. Estos acosadores tienden a estar más separados de sus víctimas y no tienen una relación personal.

El flaming es un tipo de acoso en línea que constituye la publicación o el envío directo de insultos, vejaciones y calumnias a su objetivo. El flaming es similar a trolling, pero generalmente será un ataque más directo contra una víctima concreta para incitarla a peleas en línea.

El phishing es un ataque cibernético que utiliza el correo electrónico disfrazado como arma. El objetivo es engañar al destinatario del correo electrónico para que crea que el mensaje es algo que quiere o necesita (una solicitud de su banco, por ejemplo, o una nota de alguien de su empresa) y hacer clic en un enlace o descargar un archivo adjunto. Los atacantes se hacen pasar por una entidad confiable de algún tipo, a menudo una persona real o una compañía con la que la víctima podría hacer negocios. Su relación con el ciberbullying radica en que a través de estos ataques es posible hacerse con las cuentas de usuario de la víctima y llevar a cabo otras prácticas de ciberacoso.

Ya el dissing se refiere al acto de un acosador que difunde información cruel sobre su objetivo a través de publicaciones públicas o mensajes privados para arruinar su reputación o sus relaciones con otras personas. En estas situaciones, el acosador tiende a tener una relación personal con la víctima, ya sea como conocido o como amigo.

El ciberstalking o ciberacecho, se basa en que el acosador, que recibe el nombre de ciberstalker, se obsesiona con una sola persona, a la que acosa allí donde esta tenga presencia en Internet, fundamentalmente redes sociales, correo electrónico o aplicaciones de mensajería instantánea. El ciberstalker «inunda» a la víctima con mensajes e intentos de comunicación no deseada (hablamos de mensajes y presencia continua en las redes de su víctima). En ocasiones, si la víctima lo ignora, este ciberacosador puede pasar a prácticas más agresivas, como insultos o difusión de falsos rumores.

El enmascaramiento ocurre cuando un acosador crea un perfil o identidad inventado en línea con el único propósito de intimidar a alguien. Esto podría implicar crear una cuenta de correo electrónico falsa, un perfil falso de redes sociales y seleccionar una nueva identidad y fotos para engañar a la víctima. En estos casos, el acosador tiende a ser alguien que la víctima conoce bastante bien.

Aunque el acoso por exclusión es más habitual en el acoso en persona, también puede producirse en el ámbito digital siguiendo exactamente el mismo patrón, que consiste en dejar fuera a la víctima de conversaciones y chats grupales (de la misma forma que se la deja fuera de eventos en grupo como fiestas o salidas). No es extraño que el ciberacoso por exclusión y la exclusión en persona se combinen, de manera que la víctima queda aislada socialmente tanto fuera como dentro de Internet.

Otras formas de ciberbullying es la que acontece por personas adultas con un interés sexual en los niños, denominándose grooming, así como el Happy Slapping, («palizas felices»), y es una práctica de ciberbullying bastante frecuente en la actualidad que se produce sobre todo entre adolescentes. Consiste en realizar agresiones físicas, grabarlas con el móvil y después difundirlas por WhatsApp o redes sociales. La difusión de estas palizas, en las que un grupo de adolescentes acorralan a su víctima para pegarle mientras lo graban, conduce normalmente a que la víctima siga sufriendo acoso.

En la doctrina también se maneja el concepto de harassment o acoso, que es una categoría amplia en la que se incluyen muchos tipos de ciberacoso, pero generalmente se refiere a un patrón sostenido y constante de mensajes en línea hirientes o amenazantes enviados con la intención de dañar a alguien. Otra modalidad es el llamado ciberacoso por notificaciones, el cual se produce cuando el acosador utiliza la dirección de correo electrónico o el número de teléfono de la víctima para suscribirlo a diferentes servicios y plataformas, de manera que la víctima reciba notificaciones de estos sitios. Actualmente, aunque esta práctica está bastante extendida y puede suponer algunas molestias, gracias a la normativa de protección de datos, las víctimas pueden darse de baja de estas suscripciones con facilidad.

Existen formas que caracterizan de manera específica el ciberacoso, (Quimbiulco, 2018, pp. 22-23), siendo las más comunes:

- Intencionalidad

Refiere a que el ciberacosador tiene la intención de lastimar a su víctima, lo que lleva a que la conducta, el acoso sea autentico.

- Repetición (amplitud de la potencial audiencia)

Para que se considere ciberacoso es necesario que la ofensa sea repetitiva, esto conlleva a que al momento de hacerla mediante las plataformas digitales el agravio será visto o compartido por varias personas, lo que garantiza la repetición.

- Desequilibrio De Poder (Invisibilidad o anonimato)

Hace referencia al anonimato tecnológico, de esta manera se presencia que la víctima queda indefensa al no poder eliminar nada de lo colgado en la red.

- Canal abierto (en cualquier lugar y en cualquier momento)

El ciberacoso con las facilidades que nos regalan el internet y los teléfonos móviles permite al ciberacosador cometer sus ataques en cualquier momento, lugar y hora; es decir las 24 horas al día, los 7 días a la semana, desde cualquier lugar.

A los ya mencionados se añade también:

- Imperecedero

Representa al contenido digital que puede ser guardado o almacenado en cualquier dispositivo, haciendo de él varias copias por lo cual no se pierde.

- Rapidez y comodidad

Los dispositivos digitales posibilitan que el ciberacoso se difunda de manera más ágil y ésta perdure, tomando en cuenta que es simple de compartir la información, los links que llevan a ella, reenviar, etc.

Al decir de Fernando De Vicente Pachés, existen notas definitorias que caracterizan el ciberacoso, las cuales asumimos en esta investigación, tales como que el ciberacoso implica un uso de tecnologías como internet para acechar de forma repetida a una o varias personas, se trata de una conducta que se reitera con frecuencia y se mantiene durante un cierto tiempo, es una intromisión disruptiva, en el sentido de inapropiada y abrupta, así como se produce tras la negativa de la víctima, en contra de su voluntad o sin su consentimiento. (De Vicente, 2018, pp.32-33)

Las causas detrás del ciberbullying suelen ser las mismas que encontramos detrás del acoso físico; los acosadores son personas que normalmente tienen baja autoestima y hacer daño a otras personas les hace sentirse fuertes y con poder. Estos hechos pueden venir derivados de envidias, rupturas de relaciones o el simple deseo de perjudicar y hacer daño a una persona.

3. EL CIBERACOSO COMO PROBLEMA JURÍDICO EN CUBA. ANÁLISIS LEGISLATIVO

La actual Constitución de la República de Cuba proclamada el 10 de abril de 2019 establece, en varios de sus artículos (45, 46, 47 y 48), que las personas tenemos derecho a la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz; y a que se nos respete «la intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal.

Partiendo de este reconocimiento constitucional, en fecha 4 de julio de 2019, el Consejo de Estado aprobó el Decreto-Ley 370 Sobre la informatización de la sociedad en Cuba, el cual

establece en su artículo 68, Capítulo I, Título VII, sobre Contravenciones y sanciones asociadas a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y los recursos administrativos para su impugnación, que «difundir a través de las redes públicas de transmisión de datos, información contraria al interés social, la moral, las buenas costumbres y la integridad de las personas», se considera una contravención, siempre que no constituyan delitos, pues cuando esa utilización de las redes lesiona el honor de otra persona, se puede estar frente a una figura delictiva, abriendo el camino a la jurisdicción penal.

Asimismo, en el Decreto 360/2019, dictado por el Consejo de Ministros, Sobre la seguridad de las TIC y la defensa del ciberespacio nacional, establece en su Art. 22 que los usuarios de las TIC asumen, en primera instancia, la responsabilidad de las consecuencias que se deriven de su utilización impropia.

Por su parte, el vigente Código de Trabajo en su Capítulo XI Seguridad y Salud en el Trabajo, Sección Primera Disposiciones generales, establece en su Art. 126, que la seguridad y salud en el

trabajo tiene como objetivos garantizar condiciones seguras e higiénicas, prevenir los accidentes, enfermedades profesionales y otros daños a la salud de los trabajadores y al medio ambiente laboral, a su vez que el Art. 127 dispone que, el empleador está obligado a cumplir la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo y adoptar las medidas que garanticen condiciones laborales seguras e higiénicas, así como la prevención de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, incendios, averías u otros daños que puedan afectar la salud de los trabajadores y el medio ambiente laboral.

De la regulación en estos artículos se puede apreciar que nuestra actual legislación laboral no reconoce expresamente los riesgos psicosociales, entre los cuales se incluye la violencia, el acoso y específicamente el ciberacoso laboral, el cual deviene en un problema de salud laboral, un riesgo psicosocial emergente, donde la tutela preventiva es la vía de solución ante esta problemática.

En este sentido, seria loable contar con un reconocimiento legal a la actuación en la vía administrativa para el tratamiento a los riesgos psicosociales, donde el trabajador víctima de acoso o ciberacoso pueda ser evaluado por especialistas en salud ocupacional. No obstante, de la redacción del Art. 127 se infiere la protección que brinda el legislador cubano ante situaciones de acoso o ciberacoso, al referirse a la prevención de otros daños que puedan afectar la salud de los trabajadores y el medio ambiente laboral. Asimismo, en relación con el régimen disciplinario, nuestro Código de Trabajo vigente, Ley 116, establece en su artículo 146 la obligación del empleador de desarrollar adecuadas relaciones con los trabajadores, basadas en la atención a sus opiniones y quejas, la protección a la integridad física, psicológica y el debido respeto a su dignidad. Es de esta forma que los artículos citados pueden constituir un soporte legal necesario para que el trabajador o el empleador, según el caso, puedan solicitar una tutela judicial efectiva ante hechos que revistan características de ciberacoso en el mundo del trabajo.

No obstante, recientemente, en fecha 17 de agosto de 2021, se publica en la Gaceta Oficial No. 92, la Resolución 105/2021, dictada por el Ministerio de Comunicaciones, denominado Reglamento sobre el modelo de actuación nacional para la respuesta a incidentes de ciberseguridad, el cual regula expresamente en su Anexo 2, la tipificación de los incidentes de ciberseguridad y nivel de peligrosidad, reconociendo entre ellos el previsto en su apartado 5. Incidentes contra la dignidad y la individualidad, dentro del cual se incluye la pornografía, el ciberacoso y el engaño pederasta (Grooming).

En relación con el segundo de estos conceptos, lo define como el uso de las TIC con la intención de acosar u hostigar a una persona, o grupo de personas, mediante ataques personales, divulgación de información privada, íntima o falsa. Añade también, que es el intento de obligar a una persona natural o jurídica, mediante el empleo de violencia o intimidación, a realizar u omitir actos con la intención de producir un perjuicio a esta, o bien con ánimo de lucro de la que lo provoca. Abarca comunicaciones no esperadas o deseadas, así como acciones o expresiones que lesionan la dignidad de otra persona, que menoscaban su fama o atentan contra su propia estimación. Este fenómeno se califica con un nivel de peligrosidad medio, al igual que la pornografía, mientras que el Grooming se considera de alta peligrosidad, dada la participación de menores de edad o discapacitados.

Esta norma constituye el primer sustento legal para tipificar incidentes en el ámbito de la ciberseguridad, ampliando el marco jurídico en cuanto a normar el proceso de informatización de la sociedad cubana, la cual acompaña un paquete de disposiciones sobre las telecomunicaciones y las TIC, con un carácter preventivo y que implica a toda la sociedad. Esta resolución tipifica categorías (contra la dignidad y la individualidad), y subcategorias de incidentes (pornografía, ciberacoso y engaño pederasta), destacando sus niveles de peligrosidad (de baja a muy alta), en dependencia del entorno en que se produzca, lo cual determina su relevancia y prioridad para actuar.

Como última normative que regula la figura del ciberacoso, aparece el Protocolo de Actuación ante Situaciones de Discriminación, Violencia y Acoso en el Ámbito Laboral, aprobado por el Presidente del Consejo de Ministros mediante el Decreto 96 del 28 de septiembre de 2023, puesto en vigor desde enero de 2024.

En tal sentido, los preceptos establecidos en esta nueva disposición se sustentan en varios aspectos clave. En primer lugar, reconoce el ciberacoso laboral como una forma de violencia que se

manifiesta en el ámbito de las comunicaciones vinculadas al trabajo, incluidas aquellas realizadas a través de las tecnologías de las TIC, por lo cual lo define como una forma de acoso que se perpetra a través de las nuevas tecnologías, sujetándose al tratamiento dispuesto por el Ministerio de Comunicación en el Reglamento sobre el Modelo de Actuación Nacional para la Respuesta a Incidentes de Ciberseguridad.

Este Decreto refuerza la importancia de la tutela preventiva como un mecanismo clave para abordar las problemáticas de discriminación, violencia y acoso en el entorno laboral, promoviendo la capacitación y sensibilización en torno al ciberacoso len los ambientes de trabajo puntualmente. A su vez, enfatiza la necesidad de incorporar estas medidas dentro de los convenios colectivos de trabajo, asegurando así un enfoque más estructurado y comprometido en la protección de los derechos laborales en el entorno digital.

El análisis crítico del Protocolo nos lleva a considerer que, al abordar el ciberacoso, la norma no lo reconoce como una categoría independiente con características propias, sino que lo subsume dentro del acoso laboral, sin ofrecer una definición doctrinal ni un análisis detallado de sus particularidades. Este enfoque limitado tiene implicaciones significativas, por cuanto el ciberacoso laboral presenta dinámicas distintas al acoso tradicional, como su alcance transnacional, el anonimato del agresor y la dificultad de establecer límites entre la vida laboral y personal. La omisión de una caracterización específica impide un abordaje integral del problema y restringe su tratamiento al ámbito de la ciberseguridad, en lugar de considerarlo un fenómeno con implicaciones en el derecho laboral y los derechos humanos.

Como vemos, la llamada "cibercultura", asociada con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, aquella que permite interactuar instantáneamente, en la cual prima el anonimato, es un escenario en el cual las personas pueden mostrar su lado oscuro a fin de dañar a otra persona. Nuestra participación en los medios de comunicación digital nos puede hacer objeto de ciberacosos sistemático, ya que su utilización es continua, haciendo que el ataque sea invasivo, al llegar a espacios de privacidad con más facilidad e impunidad, por lo que urge contar con una legislación específica sobre el fenómeno a la vez que actualizar las normativas existentes en materia de acoso virtual y al amparo de los derechos refrendados en la actual Constitución de la República,. A la par de esta necesidad, urge también sensibilizar a nuestra población en cuanto a la existencia de este fenómeno aún oculto e invisibilizado, sobre todo ante la presencia de conductas informáticas que representan un peligro para las personas por su falta de prevención y regulación.

4. CONCLUSIONES

La tecnología ha transformado el modo en que las personas interactúan, permitiendo una comunicación instantánea y global, pero también facilitando comportamientos dañinos, como es el caso del ciberacoso, el cual constituye un problema social de la ciencia y la tecnología. Las prácticas de ciberacoso generan un impacto directo en la salud mental, la seguridad y el bienestar de las víctimas, convirtiéndose en un problema social que requiere atención desde diferentes disciplinas. Sobre esta base el ciberacoso plantea desafíos en la regulación y en la protección de derechos en el entorno digital, lo que involucra aspectos legales, éticos y tecnológicos.

Es por ello que las ciencias jurídicas tienen un papel fundamental para abordar y resolver el problema del ciberacoso, de ahi la importancia de desarrollar investigaciones en este sentido. Cuba requiere de una legislación especifica que aborde el acoso digital desde sus diferentes manifestaciones y espacios donde acontece, además de que se establezcan reformas legales a las normativas existentes que aborden el fenómeno, desde una visión integral como riesgo psicosocial emergente, y no fragmentada solo desde la ciberseguridad, como así lo regula el Decreto 96 y la Resolución 105 del Ministerio de Comunicaciones. También resulta notorio contar con un procedimiento jurisdiccional especializado en delitos informáticos y ciberacoso, que permita contar con un tratamiento expedito y detallado para las víctimas de acoso digital, en cualquiera de las modalidades en que se pueda presenter.

A la par de estas propuestas legales para el enfrentamiento al fenómeno, los operadores del Derecho debemos trabajar en campañas y talleres de sensibilización sobre esta nueva forma de violencia, visibilizando la problemática y generando una auténtica cultura preventiva de los riesgos existentes y reales en la red.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

Fuentes doctrinales:

ÁLVAREZ, A., (2021). El Ciberacoso en el Trabajo como Categoría Jurídica, *Temas Laborales*, 157, págs. 167-192. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7968641.pdf

CENTRO DE SEGURIDAD DEL CIBERESPACIO. (2020). *Glosario de términos*. www.cscuba.cu

COLECTIVO DE AUTORES. (2014). *Ciberbullying, acoso cibernético y delitos invisibles. Experiencias psicopedagógicas*. www.uaemex.mx

CUBADEBATE. (2018) *Expertos aconsejan sobre uso seguro de redes sociales: La primera línea de defensa es uno mismo*. www.cubadebate.cu.

CUBADEBATE. (2020) Informe Global Digital 2020: *Cuba por primera vez por encima de la media mundial de penetración de internet.* www.cubadebate.cu

CUBADEBATE. (2020) *Asedio en red*. www.cubadebate.cu

DÍAZ-AGUADO, M. J. (2024). *El ciberacoso aumenta la desconexión moral y la sensación de impunidad*. El País. https://elpais.com/educacion/2024-12-15/maria-jose-diaz-aguado-catedratica-de-psicologia-evolutiva-el-ciberacoso-aumenta-la-desconexion-moral-y-la-sensacion-de-impunidad.html

GARCIA PLA, M. (2021). El ciberacoso como nueva modalidad de acoso laboral. Algunas reflexiones y propuestas desde la realidad socio jurídica cubana. En Torres, L. A. y Guevara, L. (Eds). *Violencia en el mundo del trabajo. Revisión del flagelo en Iberoamérica* (págs. 111- 148), Universidad Libre, Colombia.

GARCIA PLA, M. (2024). El ciberacoso laboral a la luz del Convenio 190 de la OIT. Tutela legal en Cuba. En: Altés, J. A. y Yagüe, S. *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso,* (págs. 633-646), Tirant Lo Blanch, España.

HELPGUIDE. (2024). *Las redes sociales y la salud mental.* https://www.helpguide.org/es/problemas-de-la-adolescencia/las-redes-sociales-y-la-salud-mental

IGARTUA, Miró (2024). Medidas preventivas frente a la violencia y el acoso: Convenio 190 OIT, regulación interna y aplicación práctica. En Altés, J. A. y Yagüe, S. (2024) *Libro Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso*, Tirant Lo Blanch, España.

IPS (2021). *¿Cuba está preparada contra el ciberacoso y la pornovenganza?* www.ipscuba.net

IPS (2021). *Ciberacoso: ¿el problema llega a Cuba?* www.ipscuba.net

MARTÍNEZ, M. M. (2024). El ciberacoso en el trabajo como riesgo emergente. Claves de su régimen jurídico preventivo en las leyes y convenios colectivos más recientes; *Revista de estudios jurídicos laborales y de seguridad social.* 8, págs, 235- 261, DOI https://doi.org/10.24310/rejlss82024

MENDOZA, E. (2012). Acoso cibernético o ciberbullying: Acoso con la tecnología electrónica. *Pediatría de México* 14, 3. www.medigraphic.org.mx

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. (2023). En vigor el Protocolo de actuación ante situaciones de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral. https://www.mtss.gob.cu/noticias/en-vigor-el-protocolo-de-actuacion-ante-situaciones-de-discriminacion-violencia-y-acoso-en-el-ambito-laboral

MOLINA NAVARRETE, C., (2019). *El Ciberacoso en el Trabajo, como identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.

OBSERVATORIO DE IGUALDAD DE GÉNERO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. (2023). *Protocolo de actuación ante situaciones de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral*. https://oig.cepal.org/sites/default/files/goc-2023-ex66.pdf

OIT. (2019). *Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms711719.pdf:

OIT. (2019). *Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

PEÑA, L. (2019). Ciberacoso: Asechanzas desde internet, ¿también en Cuba? *Periódico Juventud Rebelde*. (versión digital). www.juventudrebelde.cu

RAMÍREZ, H. (2021). *Ciberbullying o Ciberacoso ¿Qué es y cómo prevenirlo?,*https://protecciondatos-lopd.com/empresas/ciberbullying-ciberacoso/amp/Universidad Complutense de Madrid, España.

RODRÍGUEZ, O., & VAQUERO, L. R. (2016). *El ciberacoso, riesgo potencial del uso de las TIC en Cuba.* https://www.researchgate.net/publication/301752222_El_ciberacoso_riesgo_potencial_del_uso_de_las_TIC_en_Cuba

TORRES, Y., MEJÍA, J., & REYNA, E. (2018). Características del ciberacoso y psicopatología de las víctimas. *Revista Repertorio de Medicina y Cirugía*, 27(3), págs. 188-195. https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.v27.n3.2018.213

UNICEF. (s.f.). Ciberacoso: qué es y cómo *detenerlo*. https://www.unicef.org/es/end-violence/ciberacoso-que-es-y-como-detenerlo

VICENTE PACHÉS, F. De. (2018). *Ciberacoso en el trabajo*. Atelier, Barcelona, España.

VICENTE PACHÉS, F. De. (2020). El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Socia*l. CEF, 448. www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm

WILLIAMS, Iván, (2021). El ciberacoso y la violencia y el acoso en empresas tecnológicas y su encuadre en el marco del Convenio 190 de la OIT. En Correa, M.; Quintero, M. G., (2021). *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio 190 OIT en el marco del trabajo decente. (ODS 3, 5 y 8 de la Agenda 2030),* Dikynson, http://hdl.handle.net/10016/32437

Fuentes legales:

Asamblea Nacional del Poder Popular. *Constitución de la República de Cuba proclamada mediante referéndum popular en fecha 10 de abril de 2019*. Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de fecha 10 de abril de 2019. www.gacetaoficial.cu Fecha consulta: 15-julio-2024

Consejo de Estado. *Decreto-Ley 370 Sobre la Informatización de la Sociedad en Cuba.* Gaceta Oficial No. 45 Ordinaria de fecha 4 de julio de 2019. www.gacetaoficial.cu Fecha consulta: 15-julio-2024

Consejo de Ministros. *Decreto 96 Protocolo de actuación ante situaciones de discriminación, violencia y acoso en el ámbito laboral*. Gaceta Oficial No. 66 Extraordinaria de fecha 28 de septiembre de 2023. www.gacetaoficial.cu Fecha consulta: 15-julio-2024

Ministerio de Comunicaciones. *Resolución 105. Reglamento sobre el modelo de actuación nacional para la respuesta a incidentes de ciberseguridad.* Gaceta Oficial No. 92 Ordinaria de fecha 17 de agosto de 2021.www.gacetaoficial.cu Fecha consulta: 15-julio-2024.

TIPO PENAL BUSCA APLICACIÓN:

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ART. 438 BIS CP*

Jesús Martín Muñoz
Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 01/10/2025
Fecha de aceptación: 08/10/2025

RESUMEN: La LO 14/2022, de 22 de diciembre, introdujo en el art. 438 bis del Código Penal español el delito de enriquecimiento injustificado. Como en la tramitación de esta ley se omitió la realización de diversos informes y el precepto en cuestión entró como una enmienda a la que apenas se le prestó atención durante su estadía en el Parlamento, el tenor literal del art. 438 bis CP ofrece más dudas que certezas. El trabajo propone ciertas pautas interpretativas a la luz de los principales trabajos doctrinales elaborados sobre el particular a la espera de que los órganos jurisdiccionales lo apliquen por primera vez.

ABSTRACT: Organic Law 14/2022, of December 22, introduced the crime of unjustified enrichment into Article 438 bis of Spanish Criminal Code. Since this Law was approved without carrying out various reports and since this provision was introduced as an amendment that received little attention during its time in Parliament, the wording of Article 438 bis of the Criminal Code raises more questions than it answers. This paper proposes certain interpretative guidelines considering the main doctrinal works on the subject, pending its first application by the courts.

PALABRAS CLAVE: Enriquecimiento injustificado, enriquecimiento ilícito, corrupción, criminalidad económica.

KEYWORDS: Unjustified enrichment, Illicit enrichment, corruption, white-collar criminality.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LO 14/2022; 2. EL PORQUÉ DEL ART. 438 BIS; 3. TIPO OBJETIVO; 3.1. Bien jurídico protegido; 3.2. Sujeto activo; 3.3. El presupuesto típico: la obtención de un incremento patrimonial o cancelación de deudas superior a 250.000 € con respecto a los ingresos acreditados; 3.3.1. Naturaleza jurídica; 3.3.2. Cuantificación; 3.4. Conducta típica: la desobediencia al requerimiento de justificación patrimonial practicado por órgano

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Estrategias transversales para la prevención de la delincuencia económica y la corrupción" (PID2021-123028OB-I00; Investigadores Principales: Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno –Universidad Complutense de Madrid– y David Carpio Briz –Universidad de Barcelona–). El autor es miembro del equipo de trabajo de dicho proyecto.

competente; 3.4.1. Los órganos competentes; 3.4.2. La negativa abierta a cumplir el requerimiento; 4. TIPO SUBJETIVO; 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS; 5.1. Penalidad; 5.2. ¿Decomiso?; 6. CUESTIONES CONCURSALES; 7. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de enriquecimiento injustificado de autoridades del art. 438 bis CP. Este delito, introducido en el Código Penal español (CP) con la entrada en vigor de la Ley Orgánica (LO) 14/2022, de 22 de diciembre[1], castiga con pena de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años a la autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiere obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros con respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación.

Se trata de un delito peculiar por varias razones. En primer lugar, cuenta con múltiples requisitos de aplicación, algunos de los cuales presentan una naturaleza jurídica muy poco clara. En segundo lugar, accedió a nuestro ordenamiento jurídico de un modo singular: por vía de enmienda a una proposición de ley orgánica formulada por el mismo grupo promotor del texto legal. Y, en tercer lugar, hasta la fecha aún no parece haber sido aplicado por los órganos judiciales.

Todo ello justifica que este extraño precepto vaya a ser, en las próximas páginas, objeto de comentario. El trabajo comenzará con la exposición de los avatares de la tramitación parlamentaria de la LO 14/2022, que trajo al art. 438 bis CP al mundo jurídico (1). Después, se reflexionará sobre cuál es la aparente finalidad que ha movido al legislador a crear este precepto (2). Tras esto, se acometerá el análisis dogmático del art. 438 bis CP, comenzando por el estudio de su tipicidad objetiva (3) y subjetiva (4), para después pasar a sus consecuencias jurídicas (5) y sus posibles relaciones concursales (6). Por último, se formularán unas conclusiones en las que se pondrán de relieve algunos de los puntos más conflictivos del régimen jurídico del art. 438 bis CP (7).

1. LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LO 14/2022

El 12 de enero de 2023 entró en vigor la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que, además de traer consigo otras modificaciones de calado, introdujo en el CP el art. 438 bis. La tramitación de esta norma fue bastante particular por varios motivos. De ellos, interesa destacar dos.

El primero es que su texto original entró en el Parlamento adoptando la forma de proposición en lugar de la de proyecto de ley. Este hecho es digno de reseñar no sólo porque los proyectos de ley hayan constituido la vía más habitual para canalizar la iniciativa legislativa desde la reinstauración de la democracia en España[2], sino porque las

[1] BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022.

[2] Si bien es cierto que, si se atiende a las reformas operadas en el CP en las últimas tres legislaturas, el número de proposiciones ha superado al de proyectos de ley: dos proposiciones y ningún proyecto en la decimosegunda y once proposiciones y seis proyectos en la decimocuarta. En la decimotercera legislatura, que duró poco más de cuatro meses (del 21 de mayo al 24 de septiembre de 2019), no hubo tiempo para practicar ninguna modificación del citado cuerpo legal. Sobre la cuestión, Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La ley penal: manual de producción para el legislador honesto", en *Teoría y Derecho*, núm. 38, 2025, p. 47.

proposiciones tienen un régimen jurídico distinto al de los proyectos de ley en lo que se refiere a su tramitación.

De acuerdo con el art. 88 de la Constitución Española (CE), los proyectos de ley deberán presentarse por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados "acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos". Este precepto ha sido desarrollado por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno[3], cuyo art. 26 prevé, entre otros, dos importantes trámites que deben observarse en la redacción de anteproyectos de ley: la sustanciación de una consulta pública (apartado 2) y la elaboración de una memoria de análisis de impacto normativo en la que consten, además de las razones que justifiquen la oportunidad de la propuesta, un estudio del contenido de la futura norma en el que se expongan las disposiciones que quedarán derogadas como consecuencia de su eventual entrada en vigor, otro en el que se exponga la adecuación de la propuesta al orden de distribución de competencias, y un apartado en el que se trate el impacto económico y presupuestario, de género y, en su caso, en materia de cambio climático de la norma proyectada (apartado 3). Al haberse escogido la vía de la proposición de ley, la tramitación parlamentaria del texto que acabaría convirtiéndose en la LO 14/2022 se llevó a cabo sin la realización de la consulta previa y sin la elaboración de la memoria de análisis de impacto normativo[4].

El segundo es su contenido tan heterogéneo. El título completo de la ley ya da una pista sobre esta cuestión: "Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso".

Con todo, este título omite algunas de las reformas más importantes que esta ley introdujo en el CP, que accedieron por vía de enmienda. Una de ellas fue la modificación del delito de malversación[5]. En líneas generales, esta reforma supuso que el delito en cuestión volviera al régimen jurídico que tenía antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo[6]. La otra es la que justifica este trabajo: la introducción del delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades en el actual art. 438 bis CP. En concreto, este precepto se introdujo en el CP a través de la enmienda núm. 64, formulada por los grupos proponentes de la iniciativa legislativa y, a la sazón, integrantes del Gobierno de la nación: el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común[7]. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, resulta

[3] BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

[4] Esto no quiere decir, sin embargo, que las proposiciones de ley no deban ir acompañadas de ningún antecedente. De hecho, el art. 124 del Reglamento del Congreso (RC), de 10 de febrero de 1982, se pronuncia exactamente igual que el art. 88 CE con los proyectos de ley: "Las proposiciones de ley se presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas". Teniendo en cuenta que la Ley del Gobierno sólo se refiere a los proyectos de ley, es difícil determinar qué antecedentes son éstos y en qué se diferencian de los requeridos para la tramitación de los proyectos de ley. Sea como fuere, puede ponerse en entredicho que los grupos parlamentarios proponentes de la iniciativa que acabaría materializándose en la LO 14/2022 hubieran cumplido con la obligación establecida en el art. 124 del RC: su texto se presentó ante la Mesa del Congreso sin ningún documento adicional. No es que los antecedentes no fueran los "necesarios para poder pronunciarse" sobre la iniciativa: es que éstos no existían. Sobre la cuestión, así como sobre las competencias de la Mesa del Congreso para inadmitir a trámite las proposiciones de ley carentes de cualquier antecedente, Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La ley penal…, *cit.*, 2025, pp. 51-53.

[5] Se trataba de la enmienda núm. 48, propuesta por el Grupo Parlamentario Republicano. Ver "Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)", en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, núm. 295-4, de 15 de diciembre de 2022, pp. 71-72. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF#page=1 [Consulta: 28/09/2025].

[6] BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176. Sobre las principales modificaciones en el delito de malversación que la entrada en vigor de la LO 14/2022 trajo consigo, ver L. ROCA DE AGAPITO: "Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado", en *Diario La Ley*, núm. 10230, 2023, pp. 12-14.

[7] "Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (122/000271)", en BOCG (Congreso de los Diputados), Serie B, núm. 295-4, de 15 de diciembre de 2022, p. 90. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF#page=1 [Consulta: 22/09/2025].

aún más llamativo que se haya escogido la vía de la proposición en lugar de la del proyecto de ley.

2. EL PORQUÉ DEL ART. 438 BIS

Pese a haberse introducido de manera tan sigilosa en la tramitación parlamentaria, la finalidad perseguida por el legislador con la creación de este precepto se expone con claridad en el Preámbulo de la LO 14/2022: mejorar la lucha contra la corrupción. Quedando esto claro, no lo está tanto por qué esa reforma era procedente *ahora*.

Tanto en el Preámbulo como en la justificación de la enmienda que lo incorporó a la proposición se sostiene que la adición del art. 438 bis CP ha tenido dos efectos en la legislación española: por un lado, alinearla con los principales textos internacionales sobre la materia y, por otro, homologarla con la situación de otros países europeos.

En cuanto a lo primero, se traen a colación la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción –popularmente conocida como la Convención de Mérida, en honor a la ciudad mexicana en la que se adoptó– y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Productos de la delincuencia organizada: garantizar que 'el delito no resulte provechoso'". Llama la atención que se apele a estos textos como razones justificativas de la reforma si se tiene en cuenta que el primero fue adoptado el 31 de octubre de 2003[8] y el segundo el 20 de enero de 2008[9]: más de diecinueve y catorce años antes de la reforma que ahora se está estudiando.

A ello hay que añadirle, además, que ninguno de esos dos textos obliga a España a tipificar ningún delito de enriquecimiento injustificado o ilícito. Es cierto que en el art. 20 de la Convención de Mérida se destaca como una acción ejecutable por los Estados parte tipificar como delito "el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él". En una línea similar va la Comunicación de la Comisión, en cuyo punto 3.3.2. se habla de crear un delito de "posesión de bienes 'injustificados'" que permita "perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario", siempre que éste, además, "tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas". Ahora bien, lo único a lo que obliga el art. 20 de la Convención de Mérida es a que los Estados parte *consideren* la posibilidad de realizar dicha tipificación. Por otro lado, la Comunicación de la Comisión, que prevé muchas otras medidas además de la eventual introducción del delito ahora comentado[10], sólo se pronuncia indicando que los Estados miembro "podrían" modificar sus legislaciones nacionales en ese sentido.

Por su parte, en cuanto al segundo efecto, la homologación del Código Penal español a la situación de otros ordenamientos europeos, hay que partir de que en el Preámbulo se menciona la situación de Francia, Luxemburgo, Portugal y Lituania. Es cierto que estos países cuentan con disposiciones específicamente creadas al amparo del art. 20 de la Convención de Mérida[11]. Sin embargo, me parece discutible que esto constituya un argumento a favor de que España también deba preverlo. Pese a que en Europa haya *algunos*

[8] Hay que precisar que España firmó la Convención unos años después: concretamente, el 16 de septiembre de 2005. La entrada en vigor del texto para España se produjo el 14 de diciembre de ese mismo año. Son algo menos de los años indicados en el texto, pero siguen siendo muchos. El instrumento de ratificación de la Convención, de 9 de junio de 2006, obra en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132-27153.

[9] Puede accederse al contenido de esta comunicación desde el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52008DC0766 [Consulta: 24/09/2025].

[10] Me parece especialmente significativa la frase con la que se abre este texto: "La presente Comunicación se centra en el decomiso y la recuperación de los productos del delito en la Unión Europea". De hecho, el único fragmento de la Comunicación en el que se aborda la posibilidad de adoptar el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado es el segundo párrafo del punto 3.2.2., mencionado en el texto, que apenas ocupa cinco líneas.

[11] Para un estudio del Derecho comparado europeo, ver A. RAGA I VIVES: *El delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. Estudio de la figura y de sus límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 85-92, 106-122 y 122-125.

Estados que han tipificado el delito de enriquecimiento ilícito o injustificado, lo cierto es que *la mayoría de ellos* no cuentan con él[12].

Además, en la mayoría de los países citados por el legislador, la previsión de estos delitos tampoco ha sido especialmente pacífica. Por ejemplo, de acuerdo con el informe del Mecanismo de revisión de la implementación de la Convención de Mérida, de 2015, el Comité nacional contra la corrupción de Luxemburgo recomendó no introducir en su legislación un delito de estas características. En opinión del Comité, este delito llevaría consigo, en la práctica, una inversión de la carga de la prueba en procesos por corrupción. Pese a ello, el Código Penal de Luxemburgo cuenta con este delito en su art. 324 quater desde 2018[13]. Más polémica fue su introducción en Portugal, donde el delito de enriquecimiento ilícito, creado en 2012[14], fue declarado inconstitucional en 2015[15]. A lo anterior hay que añadirle que, en otro país no mencionado por el legislador, pero indudablemente perteneciente al contexto español, como es Italia, este delito fue declarado inconstitucional en dos ocasiones[16]. Mientras que en Portugal se optó por crear un delito de desobediencia cualificada y ocultación intencionada de bienes en 2022 inspirado en el art. 20 de la Convención de Mérida[17], en Italia, sin embargo, no se retomaron los esfuerzos para incluir un delito de enriquecimiento ilícito o injustificado tras las dos declaraciones de inconstitucionalidad[18].

A tenor de lo que se acaba de decir, parece que la tipificación de un delito de estas características es algo polémico y que dependerá en gran medida de las posibilidades de los ordenamientos internos. No es de extrañar, por tanto, que no exista ninguna obligación internacional de prever estos delitos y que el art. 20 de la Convención de Mérida indique expresamente que los Estados parte sólo procedan a su adopción si es "[c]on sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico".

La controversia de esta infracción, sin embargo, es inversamente proporcional a la atención que le prestaron los diputados y senadores españoles. El proyectado art. 438 bis CP no recibió apenas atención durante toda la tramitación de lo que acabaría siendo la LO 14/2022[19]. Tan es así que su texto actual es exactamente el mismo que el que tenía la enmienda de la que trae causa. Esta forma de proceder de los parlamentarios españoles es, para empezar, desalentadora desde el punto de vista de los derechos fundamentales: si la creación de un delito como el proyectado puede atentar contra algunas garantías constitucionales, como, de hecho, se ha declarado en otros países de nuestro entorno, habría sido de agradecer un debate en el que se explicara por qué en el caso español esto no sucedería. Pero, además, también es frustrante desde el punto de vista de la teoría jurídica del delito. Ni la enmienda ni el Preámbulo de la LO 14/2022 contienen la más mínima explicación sobre cómo deben interpretarse los términos del art. 438 bis CP. Que los diputados y senadores hubieran expuesto sus ideas al respecto podría haber arrojado algo de luz sobre la cuestión. Esta falta de aportación de argumentos por parte del legislador hace que el estudio dogmático del art. 438 bis CP, que se aborda a continuación, resulte especialmente complejo.

---

[12] En este sentido, C. MIR PUIG: "El delito de enriquecimiento ilícito o injusto", en V. GÓMEZ MARTÍN (dir.), *et al.*: *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1254-1255.

[13] Ley de 1 de agosto de 2018.

[14] Por Decreto 37/XII, de la Asamblea de la República, de 10 de febrero de 2012.

[15] Acuerdo del Tribunal Constitucional núm. 377/2015.

[16] Sentencias de la Corte Constitucional núm. 48, 1994 y núm. 370, 1996.

[17] Ley 4/2022, de 6 de enero.

[18] Sobre la cuestión, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 102-105.

[19] En efecto, la única mención que se hizo del mismo en el debate parlamentario fue en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 15 de diciembre de 2022, en la que se aprobó el Dictamen de la Comisión de Justicia que proponía, entre otras cosas, la creación del art. 438 bis CP. Concretamente, fue el diputado del Bloque Nacionalista Gallego, el señor Rego Candamil, quien criticó la redacción del proyectado art. 438 bis CP: en su opinión, debía rebajarse el umbral de los 250.000 € e incluir a los funcionarios como sujeto activo en lugar de prever como tal, únicamente, a las autoridades. Ninguna de las críticas fue atendida. "Sesión plenaria núm. 226", en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 234, 2022, p. 6. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-234.PDF#page=3 [Consulta: 30/09/2025].

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Bien jurídico protegido

La cuestión relativa a cuál es el bien jurídico-penalmente protegido por el art. 438 bis CP ha sido muy debatida[20]. Su respuesta está estrechamente relacionada, en mi opinión, con otra cuestión: cuál es su conducta típica[21]. El precepto castiga la "negativa abierta" a justificar la causa de un incremento patrimonial una vez que se haya practicado el correspondiente requerimiento por el órgano competente para llevar a cabo dicha comprobación. El art. 438 bis CP es, por tanto, un delito de desobediencia[22]. Así lo califica, de hecho, el propio legislador en el Preámbulo de la LO 14/2022. Teniendo en cuenta tanto el diseño del tipo como esa declaración expresa del legislador, no se comprende por qué se ha optado por ubicar sistemáticamente a este delito en el Capítulo VIII del Título XIX, en el que se contienen los fraudes y exacciones ilegales, en lugar de en el Capítulo III del mismo Título, junto con los demás delitos de desobediencia.

De esta idea, RAGA I VIVES deriva la, a mi juicio, razonable consecuencia de que el bien jurídico-penalmente protegido por el art. 438 bis CP es, como en cualquier otro delito de desobediencia, el principio de autoridad. Según la autora citada, este principio se encontraría, en el art. 438 bis CP, en relación con el art. 103.1 CE. Este precepto dispone que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". Para garantizar dicha imparcialidad, ciertas normas jurídicas han impuesto especiales deberes de transparencia a determinados servidores públicos. Tal y como aclara RAGA I VIVES, la razón de ser de estos deberes que "[l]a sociedad democrática precisa conocer que las autoridades toman decisiones 'objetivamente' al servicio de los intereses generales, esto es, que no están inmersas en conflictos de intereses que pueden desviar la atención hacia intereses privados"[23]. Si la desviación entre los ingresos explicables con arreglo al ejercicio del cargo y aquellos otros que no reúnen esa cualidad es suficientemente grande –como sucede en el art. 438 bis CP–, no resulta problemática, en mi opinión, la decisión político-criminal consistente en reforzar jurídico-penalmente esos deberes de transparencia.

La interpretación que otorga al principio de autoridad la cualidad de bien jurídico-penal protegido por el art. 438 bis CP permite orillar posibles problemas de inconstitucionalidad por dos vías. Por un lado, porque, como el propio legislador reconoce, al diseñar al precepto estudiado como un delito de desobediencia, se evita su posible interpretación como un delito de sospecha; es decir, como un delito en el que se castigue a la autoridad por presumir que, al carecer sus ingresos de justificación, éstos proceden de una actividad ilícita. Por otro, porque el principio de autoridad es un bien jurídico que no resulta ajeno a muchos otros preceptos del CP. Con ello, se dispone de una posible respuesta frente a las opiniones que consideran que este delito no protege ningún interés específico[24].

---

[20] Una exposición de las principales líneas de debate se encuentra en J. DEL CARPIO DELGADO: *El delito…*, *cit.*, 2023, pp. 79-86.

[21] Una reconstrucción similar se encuentra en A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 215-216.

[22] De ahí que resulte mejor calificarlo como un delito de enriquecimiento "injustificado" en lugar de como uno de enriquecimiento "ilícito". Como con claridad expone RAGA I VIVES: "En efecto, atendiendo al Derecho positivo, el delito del 438 bis CP no se basa en que la autoridad haya 'mercadeado' con su cargo, no se está sancionando un presunto delito previo que no ha quedado probado (pese a que pueda ser la razón en la que se inspira el precepto), sino en que la autoridad se niegue abiertamente a atender al requerimiento que le es debido". A. RAGA I VIVES: "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *et al.*: *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 201.

[23] Ibid., p. 232.

[24] Es, por ejemplo, el caso de OLAIZOLA NOGALES, para quien el art. 438 bis CP no añade nada más que una respuesta a la infracción de los deberes de transparencia impuestos por las normas administrativas. En opinión de la autora, la transparencia no es un bien jurídico específico y merecedor de protección penal. Su tutela a través de las normas administrativas le resulta, por ello, suficiente. I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", en *Revista penal*, núm. 52, 2023, pp. 193-194. Disponible en: https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/issue/view/1 [Consulta: 26/09/2025].

3.2. Sujeto activo

El art. 438 bis CP es un delito especial propio: su autor sólo puede serlo quien sea considerado "autoridad". De acuerdo con el art. 24.1 CP, es autoridad, a efectos penales, el que "por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia". Este precepto se cierra con una enumeración ejemplificativa de cargos que tienen dicha consideración: los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, así como los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea. Debe tenerse en cuenta que esta lista no excluye otros sujetos que tengan las características expresadas en la definición de la primera frase del art. 24.1 CP, si bien todos los contenidos en ella reúnen la condición de autoridad y, por tanto, podrían ser, potencialmente, sujetos activos del delito tipificado por el art. 438 bis CP.

Se dice "potencialmente" porque, pese a que normalmente ostentar dicha condición lleva ínsito estar sujeto a ciertos deberes de justificación patrimonial, esto no siempre sucede así[25]. Por lo tanto, pese a que, en principio, cualquier autoridad podría ser autora del delito, sólo aquellas que estén sujetas a estos específicos deberes de transparencia son las que se encuentran en situación de responder penalmente[26].

Para delimitar quiénes son estas autoridades es preciso recurrir a la normativa administrativa que impone esos deberes de transparencia. Siguiendo a RAGA I VIVES[27], se incluyen en este elenco:

- Los altos cargos de la Administración General del Estado. Éstos se relacionan en el art. 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado[28]. En el art. 17 de esta ley se reglamenta el contenido de la declaración de bienes y derechos que estos deben presentar tras tomar posesión en su cargo.
- Los altos cargos de las Comunidades Autónomas de conformidad con su normativa correspondiente. En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas exigen de sus altos cargos que presenten declaraciones similares a las previstas para los altos cargos nacionales.
- Diputados y senadores (art. 160 LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General[29]).
- Miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de conformidad con su normativa correspondiente. En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas exigen de sus parlamentarios que presenten declaraciones similares a las previstas para los diputados y senadores.
- Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local (art. 75.7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –LRBRL–[30]).
- El Presidente, los Vocales y el Secretario General del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), quienes, en atención a lo dispuesto por el art. 579.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)[31], también están sujetos al deber de presentar declaración patrimonial previsto en el art. 17 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo.

Ni los particulares ni quienes sólo reúnan la condición de funcionario pueden ser castigados como autores de este delito. Esta última exclusión no tiene parangón en ninguna de las infracciones tipificadas en el Título XIX del Código Penal, pues todas ellas consideran como sus posibles autores tanto a los funcionarios como a las autoridades. Ni en el Preámbulo

---

[25] A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *op. cit.*, 2025, p. 268.
[26] En sentido similar, C. MIR PUIG.: "Artículo 438 bis", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2024, p. 1874.
[27] A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *op. cit.*, 2025, pp. 271-284.
[28] BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
[29] BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985.
[30] BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985.
[31] BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

de la LO 14/2022 ni en ningún documento de su tramitación parlamentaria se dan las razones justificativas de este diseño[32]. Lo cierto es que, por norma general, quienes están obligados a justificar su patrimonio encajan en el concepto de autoridad del art. 24.1 CP. Sin embargo, también existen cargos públicos que, pese a no ostentar tal condición, están igualmente sujetos a esos deberes de transparencia. El caso más problemático quizá sea el de los concejales de ayuntamientos, miembros de las juntas de gobierno local y, por tanto, obligados a declarar su patrimonio y las actividades que les generen ingresos *ex* art. 75.7 LRBRL, pero a los que la jurisprudencia en unas ocasiones les ha negado el rango de autoridad[33] y se lo ha reconocido en otras[34]. Teniendo esto en cuenta, *de lege ferenda* sería razonable, en mi opinión, ampliar el elenco de sujetos activos del delito también a los funcionarios[35].

3.3. El presupuesto típico: la obtención de un incremento patrimonial o cancelación de deudas superior a 250.000 € con respecto a los ingresos acreditados

3.3.1. Naturaleza jurídica

El art. 438 bis CP sólo considera penalmente responsables a las autoridades que, habiendo obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de deudas superior a 250.000 € con respecto a sus ingresos acreditados durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el desempeño del mismo, se nieguen abiertamente a justificar su procedencia. Cabe preguntarse qué lugar ocupa este incremento patrimonial en la sistemática de la teoría jurídica del delito.

Las dos posiciones fundamentales son, por un lado, la que considera que esta exigencia es un elemento típico y, por otro, la que entiende que se trata de una condición objetiva de punibilidad[36]. Esta cuestión tiene una relevancia mayor que la meramente conceptual. Si se opta por la primera interpretación, el sujeto activo debe conocer que el incremento patrimonial o la cancelación de obligaciones han superado los 250.000 € en el período de tiempo previsto. Si ignora que se ha rebasado dicha cantidad, habrá incurrido en un error de tipo cuya consecuencia será la impunidad al no existir una modalidad imprudente del delito. En cambio, si se opta por entender que este límite constituye una condición objetiva de punibilidad, el hecho de que la autoridad conozca o no hasta dónde asciende el incremento patrimonial o la cancelación de deudas es irrelevante para su punición: lo único importante será que se supere, efectivamente, esa cuantía.

En mi opinión, a la primera posición le asisten mejores argumentos. En concreto, van a destacarse dos: uno relacionado con las características de lo que suele definirse como "condición objetiva de punibilidad" y otro conectado con las garantías propias del principio de culpabilidad.

El primero parte de que, de acuerdo con el entendimiento tradicional de lo que son las condiciones objetivas de punibilidad, éstas se caracterizan por ser elementos ajenos al injusto culpable que limitan o restringen el castigo penal del hecho[37]. El ejemplo clásico de condición objetiva de punibilidad es la exigencia de reciprocidad del art. 606.2 CP. Este requisito

---

[32] Y ello pese a que, como se ha visto más arriba, una de las escasas críticas que se plantearon en sede parlamentaria contra el proyectado art. 438 bis CP fue, precisamente, el carácter tan restrictivo que tiene el elenco de sujetos activos.

[33] Ver, en este sentido, STS de 12 de mayo de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:11510), FD 3.º, p. 7.

[34] Ver, en este sentido, STS 57/2010, de 10 de febrero (ECLI: ES:TS:2010:309), FD 1.º, p. 3.

[35] En la misma dirección, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 293.

[36] Defienden que es un elemento del tipo A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 247-248, quien califica al incremento patrimonial o cancelación de deudas como "situación típica", e I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *op. cit.*, 2023, p. 189. Consideran que es una condición objetiva de punibilidad J. M. LUZÓN CUESTA: *Compendio de Derecho penal. Parte especial. Actualizado por los Fiscales Alejandro Luzón Cánovas y María Luzón Cánovas*, Dykinson, Madrid, 25.ª ed., 2023, p. 470, y F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial (25.ª edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 Y 4/2023)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 25.ª ed., 2023, p. 1027.

[37] Por todos, O. GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 34, y C. MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, p. 46 (ver autores citados en la nota al pie 71).

implica que, para que pueda imponerse la pena de prisión permanente revisable al autor de un homicidio contra un Jefe de Estado extranjero que se halle en España, es preciso que el Estado del que el ofendido fuere súbdito contemple una penalidad recíproca para el caso de que fuere el Jefe de Estado español la víctima del homicidio en ese otro Estado. Esta circunstancia –la reciprocidad– no condiciona en nada que el hecho de que matar a un Jefe de Estado extranjero en España es una conducta típicamente antijurídica y culpable. Se trata, por tanto, de un añadido al injusto culpable que, en caso de no concurrir, evita que al hecho le corresponda una determinada sanción: la pena de prisión permanente revisable.

Es discutible que esa situación pueda asimilarse a la prevista por el art. 438 bis CP. Si se atiende a la secuencia típica descrita por el precepto, la superación de los 250.000 € constituye un presupuesto de la conducta prohibida. Sólo podrá cometer la desobediencia penalmente relevante la autoridad que haya obtenido ese incremento patrimonial o esa cancelación de deudas en el plazo previsto: una conducta que no tiene por qué constituir un injusto culpable.

En mi opinión, la estructura típica del art. 438 bis CP es similar a la del delito de fraude de subvenciones en su modalidad de aplicación a fines indebidos del art. 308.2 CP. Este precepto castiga el hecho de que, quien haya obtenido una subvención o ayuda de las Administraciones Públicas, las aplique a fines distintos de aquellos que les fueren propios en cuantía superior a, al menos, 10.000 €. *Conditio sine qua non* para poder cometer ese delito es que se haya obtenido esa subvención o ayuda pública. Por definición, esa obtención ha de ser lícita, pues de lo contrario la conducta se encuadraría –siempre, claro está, que se cumplan el resto de los requisitos típicos– en el art. 308.1 CP. Lo que quiere destacarse con este ejemplo es que, en el delito de fraude de subvenciones del art. 308.2 CP, la obtención de los fondos no condiciona *la punibilidad* de un hecho típicamente antijurídico y culpable, sino que condiciona *su existencia*. De ahí que se considere pacíficamente que la obtención de la subvención o ayuda sea un elemento de tipo[38]. Teniendo este ejemplo en mente, la consecuencia debe ser la misma, en mi opinión, en lo que atañe a la obtención del incremento patrimonial o la cancelación de deudas del art. 438 bis CP.

El segundo argumento, por su parte, se construye a partir del hecho de que las condiciones objetivas de punibilidad no tienen por qué ser abarcadas por el dolo para dar lugar al castigo del culpable. Son, por lo tanto, elementos al margen del subprincipio de imputación subjetiva (o de "dolo o culpa"), integrado, a su vez, en el principio de culpabilidad[39]. Esto trae consigo una consecuencia: considerar que el incremento patrimonial o la cancelación de deudas constituye una condición objetiva de punibilidad permitiría una aplicación más sencilla del precepto, pues la acusación no estaría obligada a probar que la autoridad, en efecto, conocía ese incremento patrimonial o cancelación de deudas por encima de los 250.000 € con respecto a sus ingresos acreditados.

Siendo esto cierto, no lo es menos que evitar "lagunas de punición" no parece un argumento suficientemente sólido como para defender que un elemento se ubique en una u otra categoría sistemática[40]. Antes al contrario, parece más razonable efectuar la interpretación que amplíe al máximo las garantías del justiciable. Coincido, pues, con la postura de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, quien sostiene que la calificación de condición objetiva de punibilidad sólo debe otorgarse en los excepcionales casos en los que el legislador haya dado claves inequívocas sobre la naturaleza jurídica del elemento en cuestión[41].

3.3.2. Cuantificación

El precepto exige que el incremento patrimonial o la cancelación de deudas se produzcan durante el desempeño de la función o cargo de la autoridad y hasta cinco años después de haber cesado en él. Es pertinente recordar aquí que lo que el legislador ha considerado

[38] En este sentido, por ejemplo, N. J. DE LA MATA BARRANCO: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al. Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2024, pp. 683-684, y C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7.ª ed., 2023, p. 929.
[39] Por todos, S. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general.* Reppertor, Barcelona, 9.ª ed., 2011, pp. 125-126.
[40] Razona de esta misma forma A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 241.
[41] C. MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones…*, *cit.*, 1989, pp. 70-72.

constitutivo del desvalor no es el enriquecimiento en sí mismo, sino desobedecer el requerimiento que pretenda su justificación. Esto quiere decir que, a los efectos de cometer el delito, es indiferente que el incremento patrimonial o la cancelación de deudas provengan o no de una actividad ilícita[42].

En atención al tenor literal del art. 438 bis CP, lo que importa es que la "obtención" del incremento patrimonial o la cancelación de deudas se produzca dentro del límite temporal establecido. En otras palabras: da igual si la detección de la variación patrimonial se produce con posterioridad a los cinco años desde que se haya cesado en el cargo. Si se logra acreditar que los bienes, derechos o anulación de obligaciones se produjeron dentro de ese plazo, entonces podrá sostenerse que la autoridad ha cumplido con esta exigencia típica[43].

Una cuestión interesante es la que tiene que ver con el momento en el cual tienen que valorarse los bienes o derechos que integren el incremento patrimonial para entender rebasado el umbral de los 250.000 €. Siguiendo a RAGA I VIVES, cabrían tres posibilidades: atender al momento en que se obtuvieron, poner el foco en el momento en que se practica el requerimiento, o, simplemente, considerar que basta con que en algún momento del período temporal establecido por el precepto –durante el ejercicio del cargo y hasta cinco años después de haber cesado en él– ese límite se haya superado. Coincido con la autora citada en considerar que el criterio más adecuado es el primero: resulta más coherente con el entendimiento de la cuantía como un elemento típico y, además, es más seguro jurídicamente que los otros dos[44].

El límite temporal inferior, por su parte, viene dado por el momento en el que la autoridad comienza a desempeñar su cargo. Esto quiere decir que todos aquellos incrementos patrimoniales o cancelaciones de deudas que se hayan obtenido con anterioridad no integran el tipo penal.

3.4. Conducta típica: la desobediencia al requerimiento de justificación patrimonial practicado por órgano competente

3.4.1. Los órganos competentes

Para que el tipo se realice, es necesario que la autoridad desobedezca un requerimiento practicado por un "órgano competente" destinado a comprobar su situación patrimonial.

A mi juicio, no existe ningún obstáculo interpretativo para considerar que integran ese concepto los órganos previstos por la normativa administrativa que impone los deberes de transparencia. Así, para los altos cargos previstos en el art. 1.2 de la Ley 3/2015, este órgano será la oficina de conflicto de intereses regulada en el art. 19 del mismo texto legal. Por su parte, en el caso de los diputados y senadores, este órgano será el registro de intereses previsto en el art. 160.2 LOREG. En el caso de las autoridades adscritas a las Comunidades Autónomas o las corporaciones locales, habrá que estar a lo que disponga la normativa que específicamente desarrolle esta cuestión en su ámbito territorial.

Resulta más discutible, en mi opinión, que puedan practicar un requerimiento capaz de integrar el tipo penal los órganos tributarios, las oficinas anticorrupción y los órganos judiciales. Es cierto que, en el ejercicio de sus respectivas competencias de investigación, unos y otros pueden requerir a los ciudadanos que acrediten el origen de su patrimonio. Sin embargo, estas competencias no les han sido atribuidas para exigir el cumplimiento de un específico deber de transparencia.

Avala esta postura, en mi opinión, el hecho de que el art. 294 CP se interprete en términos igualmente restrictivos. Este precepto castiga la conducta de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, constituida o en formación, que negaren o impidieren la actuación de las "personas, órganos o entidades inspectoras supervisoras" a las que estuvieren sometidas por su actuación en mercados sujetos a supervisión administrativa. La

[42] En el mismo sentido, I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, p. 188.
[43] En la misma dirección, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *op. cit.*, 2025, p. 248.
[44] Ibid., p. 249.

postura mayoritaria en la doctrina y la escasa jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular es que el tipo está dirigido a sociedades sometidas a una relación especial de sujeción "no subsumible en el genérico de la clásica función de policía por parte de la Administración". De acuerdo con esta interpretación, integrarían el concepto de "personas, órganos o entidades inspectoras supervisoras" instituciones como "el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Ministerio de Economía, las Comunidades Autónomas o las Bolsas de Valores". Quedarían excluidas, por tanto, además de la Administración General del Estado, "la Agencia Tributaria, la Inspección de Trabajo o similares"[45].

Por lo demás, no me parece un argumento suficientemente concluyente para incluir en el tipo penal a los órganos judiciales el hecho de que estos vengan expresamente mencionados en el Preámbulo de la LO 14/2022. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, si bien los Preámbulos de las leyes son un elemento que debe tenerse en cuenta para la interpretación de las leyes, éstos carecen de valor normativo[46]. El tipo penal sólo habla de los "órganos competentes", por lo que la interpretación aquí propuesta cabe en la literalidad del precepto –y, en mi opinión, también se ajusta mejor a ella–[47].

3.4.2. La negativa abierta a cumplir el requerimiento

El elemento nuclear del tipo es la desobediencia de la autoridad a atender al requerimiento de comprobación patrimonial. Teniendo en cuenta este diseño –empleado por el legislador, como se ha visto más arriba, de forma intencionada para evitar posibles problemas de inconstitucionalidad–, parece razonable acudir al canon interpretativo de los delitos de desobediencia para aclarar el alcance de algunos de los términos del tipo penal.

En primer lugar, el requerimiento, además de ser emitido por un órgano competente, debe constituir, como de manera clásica reconoce la jurisprudencia, "un mandato directo, expreso y terminante, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo"[48]. No integrarían el tipo, por tanto, ni los ruegos o deseos, ni aquellas órdenes que exijan una acreditación global del patrimonio en lugar de ir dirigidas a exigir la justificación del concreto incremento o cancelación que pueda dar lugar al supuesto de hecho prohibido por la norma[49].

En segundo lugar, no basta con cualquier incumplimiento: la negativa a cumplir con el requerimiento ha de ser "abierta". De acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 410.1 CP –precepto que, al igual que el art. 438 bis CP, exige una "negativa abierta" para su consumación–, no es necesario que la voluntad contraria a la realización de lo exigido se manifieste de manera contundente y explícita. Basta, simplemente, con que la conducta llevada a cabo por la autoridad desemboque inequívocamente en el incumplimiento de la orden. Dentro del concepto "negativa abierta" caben, de este modo, tanto las desobediencias expresas como las tácitas. Y, dentro de estas últimas, se comprenden no sólo aquellos casos en los que la autoridad se limita a no hacer nada, sino también aquellos otros en los que hace algo distinto de lo exigido[50]. Teniendo esto en cuenta, una conducta realizadora del tipo del art. 438 bis CP podría ser, por ejemplo, la del funcionario que aporta documentación no relacionada con el incremento patrimonial que hubiere dado lugar al requerimiento[51].

---

[45] En estos términos se pronuncia la SAP de Cantabria (3.ª) 153/2009, de 29 de mayo de 2009 (ECLI: ES:APS:2009:1248), FD 2.º, pp. 7-8. De igual manera, J. I. GALLEGO SOLER: "Artículo 294", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios…*, *cit.*, 2.ª ed., 2024, p. 1336; J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ: "Delitos societarios", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al.*: *Derecho penal económico…*, *cit.*, 2.ª ed., 2024, p. 578, y N. PASTOR MUÑOZ: "Delitos societarios", en I. AYALA GÓMEZ, *et al.*: *Memento penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 706.

[46] STC 36/1981, de 12 de noviembre (ECLI: ES:TC:1981:36), FJ 7.º.

[47] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 310. En contra, I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, p. 192, para quien tanto los órganos de la AEAT como los judiciales pueden integrar el tipo penal.

[48] SSTS de 9 de mayo de 1994 (ECLI: ES:TS:1994:9543), p. 15, y de 10 de julio de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:5695), FD 2.º, p. 2.

[49] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 256.

[50] SSTS 125/2024, de 8 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:695), FD 2.º, p. 7, y 99/2024, de 1 de febrero (ECLI: ES:TS:2024:635), FD 2.º, p. 6.

[51] En este sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 254-255.

El tipo se consuma con el mero incumplimiento, sin que sea preciso que se cause ningún resultado. Se trata, por tanto, de un delito de omisión pura[52]. Consiguientemente, el hecho de que se justifique la procedencia del patrimonio *ex post* –por ejemplo, una vez concluido el plazo para contestar al requerimiento o, incluso, en el proceso penal abierto por delito de enriquecimiento injustificado– no llevará a la impunidad de la autoridad. *De lege lata*, este tipo de situaciones se habrían de canalizar, en mi opinión, a través de la concesión de una atenuante de confesión del art. 21.4.ª CP –o, en su caso, del art. 21.7.ª CP si el requisito temporal para la estimación de la primera no se hubiere cumplido–[53].

4. TIPO SUBJETIVO

El delito de enriquecimiento injustificado del art. 438 bis CP es un tipo doloso. De acuerdo con el enfoque asumido en este trabajo, la obtención de un incremento patrimonial o una cancelación de deudas superior a 250.000 € es un elemento del tipo, por lo que tiene que ser abarcado por el dolo del sujeto. Creo que afirmar esto es compatible con sostener que no es preciso que la autoridad conozca la cifra exacta a la que asciende ese incremento patrimonial o cancelación de deudas para cometer el delito, sino que basta con que tenga un conocimiento aproximado del monto obtenido o condonado[54].

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

5.1. Penalidad

La conducta tipificada por el art. 438 bis CP está sancionada con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años. De este régimen interesa destacar tres ideas.

La primera es la notable diferencia de pena que existe entre este delito y el resto de los delitos de desobediencia cometidos por funcionario o autoridad públicos (arts. 410-412 CP): ninguno de ellos tiene prevista pena de prisión y la inhabilitación más larga con la que cuentan es la de tres a seis años del art. 412.3 CP (denegación de auxilio para evitar un delito contra la vida de las personas)[55].

La segunda es el modo en que el legislador ha previsto que se calcule la pena de multa. El artículo reza que será del tanto al triplo del "beneficio obtenido". Teniendo en cuenta que el único elemento patrimonial contemplado por el tipo son las ganancias o condonaciones de deudas obtenidas por la autoridad de que se trate, parece que la multa se calculará tomando esas cantidades como referencia. En la medida en que, como se ha dicho, ese incremento patrimonial o cancelación de obligaciones constituyen presupuestos necesarios para la comisión del tipo y no algo que se haya obtenido como consecuencia de su realización, puede criticarse que el legislador haya empleado el término "beneficio" para referirse a ellos[56].

---

[52] Lo considera igualmente un delito de omisión F. L. MELÉNDEZ SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración Pública", en M.ª D. SERRANO TÁRREGA (coord.), *et al.*: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p.1037.

[53] También es de esta opinión A. RAGA VIVES: "El nuevo…, *cit.*, 2023, p. 225.

[54] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en *Revista General de Derecho penal*, núm. 39, 2023, p. 22. Se trata de la misma postura de quienes sostienen que la cifra de los 120.000 € en el delito fiscal no es una condición objetiva de punibilidad, sino el resultado. Por todos, J. C. FERRÉ OLIVÉ: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 285-286.

[55] Tras comparar la penalidad del art. 438 bis CP con la de los demás delitos de desobediencia de funcionarios, así como con la prevista para otros delitos contra la Administración Pública como el cohecho o el tráfico de influencias, OLAIZOLA NOGALES extrae la conclusión de que las penas que el legislador ha asignado al delito de enriquecimiento injustificado son desproporcionadas. I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, pp. 194-195.

[56] Efectúa esta misma crítica A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, p. 326.

La última es que la pena de inhabilitación para empleo o cargo público prevista por el precepto es menos grave que la prevista por alguna de las normas que imponen específicos deberes de transparencia a las autoridades. Por ejemplo, la ley 3/2015 prevé como infracciones graves "[l]a no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello", o "[l]a omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley" (art. 25.2, letras "a" y "b", respectivamente). De acuerdo con el art. 25.4 del mismo texto legal, las personas que hubieren cometido una infracción prevista como grave o muy grave en su articulado no podrán ser nombradas para ocupar un alto cargo durante un periodo de entre cinco y diez años. Habría sido deseable que el legislador hubiera previsto sanciones penales que se encontraran en relación de progresión con las establecidas en la normativa administrativa[57].

De la concurrencia de estos dos órdenes sancionadores, el administrativo y el penal, surge el problema de posibles quebrantamientos del principio *non bis in idem* cuando un mismo hecho cometido por una misma autoridad pueda subsumirse tanto en alguna de las infracciones prevista por la normativa que impone deberes de transparencia como en el art. 438 bis CP. Mientras la jurisprudencia no resuelva la cuestión, considero razonable la propuesta de RAGA I VIVES de aplicar la doctrina sentada en la STC 2/2003, de 16 de enero (ECLI: ES:TC:2003:2): en caso de que se constate la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, la vía jurisdiccional penal es preferente, por lo que los órganos administrativos deben suspender el procedimiento sancionador hasta que recaiga la sentencia. Ahora bien, si eso no sucede y el órgano administrativo impone una sanción antes de que se dicte una resolución sobre el fondo en el proceso penal, entonces el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta la sanción recaída en sede administrativa para, en su caso, abonarla a la pena de inhabilitación que se impusiere a la autoridad[58].

5.2. ¿Decomiso?

Una cuestión interesante es la de si la condena por el delito del art. 438 bis CP puede conllevar el decomiso de los bienes que hubieren dado lugar al incremento patrimonial injustificado de la autoridad. Desde mi punto de vista, la respuesta debe ser negativa. Ello, tanto en lo que se refiere al decomiso directo del art. 127 CP como en lo que concierne al decomiso ampliado del art. 127 bis CP[59].

En cuanto a la improcedencia de la primera modalidad de decomiso aludida, hay que partir de que el tipo del art. 438 bis CP se ha configurado como un delito de desobediencia. Por lo tanto, el incremento patrimonial cuya justificación se pretende a través del requerimiento a la autoridad, no es ni un "efecto" o "ganancia" proveniente del delito, ni un "medio" o "instrumento" con el que se hubiere preparado o ejecutado. Por otro lado, el decomiso ampliado tampoco es una consecuencia procedente toda vez que el art. 438 bis CP no está, por ahora, contemplado en la lista del art. 127 bis.1, que contiene los delitos que pueden dar lugar a su aplicación.

6. CUESTIONES CONCURSALES

Al haberse configurado el tipo del art. 438 bis CP como un delito de desobediencia, podrá apreciarse, en mi opinión, un concurso (real) de delitos con el delito del que eventualmente procedan el incremento patrimonial o la cancelación de deudas no justificados. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, en el caso de que los ingresos o la condonación de deudas sean la

[57] También destaca este solapamiento RAGA I VIVES en ibid., pp. 384-386 (en esta última página, ver nota al pie 828).
[58] Ibid., p. 386.
[59] Llega a la misma conclusión A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 326-327. También, en lo que se refiere al decomiso ampliado, I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito…, *cit.*, 2023, p. 198.

dádiva u otra retribución que, al ser aceptadas por la autoridad, den lugar a un delito de cohecho pasivo o en el caso de que el incremento patrimonial se deba a que esta ha cometido un delito de malversación. Lo mismo acontecería, a mi juicio, si la detentación de los bienes en que se concrete un incremento patrimonial en los términos exigidos por el tipo del art. 438 bis CP puede subsumirse en un delito de blanqueo de capitales[60].

No creo, en cambio, que el delito del art. 438 bis CP pueda constituir un delito antecedente del blanqueo de capitales: por definición, la obtención del incremento patrimonial es anterior al acto de desobediencia. Si lo que hace que el delito se consume es la negativa abierta a cumplir con el requerimiento practicado por los órganos competentes en materia de transparencia, no cabe sostener, en mi opinión, que los bienes en los que el incremento patrimonial se ha concretado tengan su origen, precisamente, en la desobediencia de la autoridad[61].

RAGA I VIVES trata de forma muy interesante –y, a mi juicio, adecuada– el posible concurso entre el delito del art. 438 bis CP y el de falsedad documental. En su opinión, si se aportan documentos públicos, mercantiles u oficiales mendaces a la contestación al requerimiento, entonces en ese caso procedería la aplicación de un concurso ideal de delitos. Por el contrario, si ese tipo de documentos se aportaron no en el momento de contestar al requerimiento, sino con anterioridad, entonces cabría apreciar un concurso real de delitos. Recuérdese en este punto que la normativa de transparencia exige que las declaraciones patrimoniales se presenten en un determinado plazo desde la toma de posesión. Distinta ha de ser la solución, en cambio, si tanto una como otra falsedad se han cometido en un documento privado. En tal caso, no cabría apreciar concurso alguno, pues no se habría cometido ningún delito de falsedad documental al faltar el elemento de actuar en perjuicio de otro previsto por el art. 395 CP[62].

Cabe cuestionarse si, en el caso de que no se superen los 250.000 € de desviación con respecto a los ingresos acreditados por la autoridad, podría condenársela por un delito de desobediencia del art. 410.1 CP. En mi opinión, la solución ha de ser negativa por cuanto el art. 410.1 CP exige que las "decisiones u órdenes" desobedecidas hayan sido dictadas por "la autoridad superior", mientras que el art. 438 bis CP alude a los "órganos competentes" en materia de transparencia. Como uno y otro concepto no son equivalentes, si no se rebasa el límite de los 250.000 € la consecuencia ha de ser, a mi juicio, la impunidad en el orden penal. Ello no obsta, sin embargo, a que a la autoridad requerida se le pueda imponer, en el caso examinado, la sanción administrativa correspondiente[63].

7. CONCLUSIONES

La principal conclusión de este análisis es que el tenor literal del art. 438 bis CP ofrece más dudas que certezas sobre el modo en que el tipo penal debe aplicarse. Que el texto original de la LO 14/2022 no haya sido sometido a los informes exigidos para la tramitación de los proyectos de ley no ha permitido arrojar apenas luz en las (muchas) zonas de penumbra del precepto estudiado. Tampoco lo ha permitido el hecho de que el art. 438 bis CP se haya incorporado a la tramitación parlamentaria como una enmienda que apenas recibió la atención de los diputados y senadores.

[60] Tienen la misma opinión, A. RAGA I VIVES: "El nuevo…, *cit.*, 2023, pp. 226-232, quien, sin embargo, formula interesantes cautelas sobre la posible vulneración del principio *nemo tenetur*, y F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal…*, *cit.*, 25.ª ed., 2023, p. 1027.

[61] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES: *El delito…*, *cit.*, 2025, pp. 348-349.

[62] Ibid., pp. 367-368.

[63] En el mismo sentido, A. RAGA I VIVES en ibid., pp. 350-351. Parece posicionarse en contra, por defender que entre los arts. 410.1 y 438 bis CP existe una relación de especialidad, F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal…*, *cit.*, 25ª ed., 2023, p. 1027.

Con todo, los trabajos doctrinales elaborados por el momento permiten sentar algunas bases para su interpretación. De ahí que, junto a la anterior, también se puedan extraer, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

1. El art. 438 bis CP se ha configurado como un delito de desobediencia. Su elemento nuclear es la "negativa abierta" de la autoridad a cumplir con el requerimiento de justificación patrimonial. En consecuencia, el bien jurídico-penalmente protegido es el principio de autoridad en relación con el mandato constitucional dirigido a la Administración de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE).
2. El sujeto activo del delito sólo puede serlo la "autoridad". Se exige, además, que esta autoridad esté sujeta a algún específico deber de transparencia patrimonial. Podrán cometer este delito, fundamentalmente, los altos cargos de la Administración General del Estado, así como los de las Comunidades Autónomas; los diputados, senadores y miembros de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, y el Presidente, los Vocales y el Secretario General del CGPJ.
3. Presupuesto para poder cometer el delito es que la autoridad haya obtenido durante el desempeño de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el mismo un incremento patrimonial o una cancelación de deudas superior a 250.000 €. Debe tenerse en cuenta que:
    a. Ese límite cuantitativo es un elemento del tipo, por lo que debe estar abarcado por el dolo del sujeto activo.
    b. No es necesario que ese incremento patrimonial o cancelación de obligaciones tengan procedencia ilícita.
    c. Da igual el momento en el que afloren: lo importante es que se hayan obtenido en el plazo temporal fijado por el artículo.
4. La noción de "órgano competente" para practicar el requerimiento de justificación patrimonial se refiere aquellos organismos que estén investidos de un específico poder de fiscalización del patrimonio de las autoridades por la normativa administrativa de referencia. Ni los órganos judiciales ni la AEAT o las oficinas anticorrupción integran, por lo tanto, el tipo penal.
5. El precepto exige, para su consumación, que la autoridad "se niegue abiertamente" a cumplir con el requerimiento de justificación patrimonial. Esto implica que:
    a. No es necesario que la negativa sea expresa: basta con que la conducta incumplidora de la autoridad sea concluyente.
    b. El art. 438 bis CP es un delito de omisión pura. Si el requerimiento se cumple *ex post*, lo máximo que podrá obtenerse es una atenuante de confesión del art. 21.4.ª o del art. 21.7.ª CP en relación con la anterior si no se han respetado los límites temporales de la primera.
6. El art. 438 bis CP es un delito doloso. Los errores de tipo, vencibles o invencibles, conducen a la impunidad.
7. La conducta prevista por el art. 438 bis CP también está sancionada por la normativa administrativa. Para evitar el *bis in idem* en caso de que se detecte la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento tanto en el proceso penal como en el administrativo, debería aplicarse la solución disciplinada en la STC 2/2003, de 16 de enero:
    a. La vía penal es la preferente, por lo que los órganos administrativos deberían suspender el procedimiento sancionador.
    b. En caso de que los órganos administrativos no hayan obrado del modo descrito, en la sentencia que ponga fin al proceso penal deberá tenerse en cuenta la sanción eventualmente impuesta a la autoridad en el procedimiento administrativo y descontarla de la pena a la que se la condenare.
8. La condena por el delito del art. 438 bis CP no puede dar lugar ni al decomiso directo (art. 127.1 CP) ni al decomiso ampliado (art. 127 bis CP) de los bienes o derechos en que se hubiere materializado el incremento patrimonial no justificado.
9. En la medida en que el art. 438 bis CP está configurado como un delito de desobediencia, existirá un concurso de delitos entre este y el delito del que procediere el incremento patrimonial o la cancelación de deudas no justificados.

10. Si el incremento patrimonial o la cancelación de deudas no superan los 250.000 €, no cabe acudir al delito de desobediencia del art. 410.1 CP. La conducta de la autoridad será penalmente impune, pero se la podrá sancionar administrativamente, en su caso.

BIBLIOGRAFÍA

N. J. DE LA MATA BARRANCO: "Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al. Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2024, pp. 629-690.

J. DEL CARPIO DELGADO: *El delito de enriquecimiento injustificado en el Código Penal español*, Aranzadi, Madrid, 2023.

J. C. FERRÉ OLIVÉ: *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

J. I. GALLEGO SOLER: "Artículo 294", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2024, pp. 1335-1337.

O. GARCÍA PÉREZ: *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ: "Delitos societarios", en N. J. DE LA MATA BARRANCO, *et al.*: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2024, pp. 559-586.

J. M. LUZÓN CUESTA: *Compendio de Derecho penal. Parte especial. Actualizado por los Fiscales Alejandro Luzón Cánovas y María Luzón Cánovas*, Dykinson, Madrid, 25.ª ed., 2023.

C. MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989.

F. L. MELÉNDEZ SÁNCHEZ, "Delitos contra la Administración Pública", en M.ª D. SERRANO TÁRREGA (coord.), *et al.*: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 999-1042.

C. MIR PUIG:

- "Artículo 438 bis", en M. CORCOY BIDASOLO (dir.); S. MIR PUIG (dir.), *et al.*: *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2024, pp. 1874-1876.
- "El delito de enriquecimiento ilícito o injusto", en V. GÓMEZ MARTÍN (dir.), *et al.*: *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1245-1257.

S. MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general.* Reppertor, Barcelona, 9.ª ed., 2011.

F. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial (25.ª edición revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 13/2022, 14/2022, 1/2023, 3/2023 Y 4/2023*), Tirant lo Blanch, Valencia, 25.ª ed., 2023.

I. OLAIZOLA NOGALES: "El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?", en *Revista penal*, núm. 52, 2023, pp. 179-200. Disponible en:

ONUDD: *Country review report of Luxembourg*, 2015. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/Luxembourg_Final_Report_25-03-2015.pdf [Consulta: 25/09/2025].

Í. ORTIZ DE URBINA GIMENO, "La ley penal: manual de producción para el legislador honesto", en *Teoría y Derecho*, núm. 38, 2025, pp. 42-85.

N. PASTOR MUÑOZ: "Delitos societarios", en I. AYALA GÓMEZ, *et al.*: *Memento penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 679-707.

A. RAGA I VIVES:

- *El delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades. Estudio de la figura y de sus límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- "Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en *Revista General de Derecho penal,* núm. 39, 2023.
- "El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades", en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *et al.*: *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 189-234.

L. ROCA DE AGAPITO: "Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado", en *Diario La Ley*, núm. 10230, 2023.

Debates sobre Derecho, empresa y sociedad: entrevista a Juan Antonio Lascuraín Sánchez

Coordinadora de la sección: Ana Belén Valverde-Cano[1]
Profesora de Derecho Penal. UCM

La sección **Debates sobre Derecho, empresa y sociedad** nace con la vocación de abrir un espacio de diálogo ágil y cercano con penalistas brillantes. Frente al formato académico tradicional —a menudo constreñido por el rigor, a veces servidumbre, de las notas al pie—, aquí buscamos un tono más flexible, que permita al lector acceder de manera directa a reflexiones, tendencias y experiencias acumuladas a lo largo de años de práctica e investigación. El objetivo es acercar grandes cuestiones del Derecho penal vinculadas con la empresa y su impacto en la sociedad a través de entrevistas que condensan saberes y debates de fondo sobre desafíos actuales y futuros de la disciplina.

Con este espíritu inauguramos la sección con la entrevista a **Juan Antonio Lascuraín Sánchez**, catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, cuya trayectoria académica y profesional lo sitúa como una de las voces más influyentes en el ámbito del Derecho penal económico. Lascuraín Sánchez fue investigador del Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo (Alemania), y también fue Letrado del Tribunal Constitucional en dos etapas, de 1994 a 1998 y, como Letrado adscrito a la Presidencia, de 2004 a 2009. Ha trabajado como consultor en el Estudio Jurídico Rodríguez Mourullo, en González Franco Roxin Abogados y en Baker McKenzie. Destacan sus líneas de investigación en Derecho penal económico, omisión, principios jurídico-penales y Derecho penal del trabajo.

Las quince preguntas de esta primera entrevista recorren varios ejes comunes: la evolución y los retos del Derecho penal económico y de empresa, las deficiencias y asistematicidad del Código Penal, la tensión entre eficacia y garantías constitucionales, así como el papel del *compliance* y la responsabilidad penal corporativa.

1. ¿Cómo ha evolucionado el derecho penal económico en los últimos veinte años? ¿Klaus Tiedemann estaría orgulloso de nosotros?

No se me ocurre mejor manera de empezar esta conversación sobre Derecho penal económico y sobre delitos de empresa que con la mención al penalista que más y mejor hizo por subrayar la incisividad social de este tipo de delincuencia y por mejorar su prevención. Yo tuve el privilegio de gozar de su magisterio y de su hospitalidad en un momento clave de mi vida académica, cuando me peleaba con mi tesis doctoral en su *Institut für Kriminologie und*

[1] Investigadora postdoctoral Ramón y Cajal en el área de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid. Email: anabeval@ucm.es

Wirtschastsstrafrecht. Lo digo en alemán porque todavía recuerdo que cuando vi por primera vez cómo se decía "Derecho penal económico" pensé que mi convivencia con esa lengua iba a ser imposible. Menos mal que entonces no existía la ley de diligencia debida en la cadena de producción: *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*.

Tiedemann tenía varias muy sanas obsesiones. Traslucir el importante desvalor social que tienen ciertas irregularidades económicas, irregularidades en nuestras reglas de producción de distribución de bienes y servicios, porque es un daño tan real e intenso como en ocasiones poco intuitivo. Combatir esas graves infracciones con eficacia, lo que supone recurrir en no pocas ocasiones a la pena y en cualquier caso en bastantes más de las que se solía hacer. Y conseguir que esa intervención penal fuera proporcionada y garantista —"decente" me gusta decir, se lo debo a Margalit (*The decent society*) [2]—, la propia de un Estado democrático. Esa proporción y esas garantías exigen racionalidad. A Tiedemann le preocupaba esa racionalidad en dos sentidos *geográficos*: los delitos económicos tenían que tener cierta uniformidad internacional y sobre todo, claro, europea; y, en segundo lugar, había que velar por su armonía interna en el ordenamiento penal. Por eso lideró ese interesantísimo proyecto *cartográfico*, por seguir con la metáfora, de regulación modelo de los eurodelitos, que coordinó Adán Nieto[3].

¿Estaría el gran Tiedemann orgulloso de nuestro código penal actual en cuanto a los delitos económicos? En algunos aspectos desde luego que sí. Tenemos más delitos que son justificadamente delitos y por ello una mejor protección del sistema económico, con todo lo que ello supone. (El nobel indio Amartya Sen dice que el desarrollo económico es un proceso de expansión de la libertad.) Ello es consecuencia y causa a la vez de una mayor concienciación social sobre la lesividad de estas conductas, y esto es en sí un gran avance. Como lo es la implantación de nuevas estructuras de imputación penal que son más eficaces sin dejar de ser justas, como el desarrollo dogmático de los delitos de omisión o la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y que no se me olvide en este catálogo de méritos la convergencia penal europea y, respecto a algunos delitos, la convergencia internacional más allá de la Unión Europea (que no deja de ser un cierto término medio entre lo nacional y lo internacional).

Dicho esto, a Tiedemann se le borraría su proverbial sonrisa leyendo algunos errores de nuestro Código Penal, empezando por su asistematicidad.

2. ¿Por ejemplo?

Tenemos algunos errores técnicos sonrojantes. El delito de fraude de inversores del artículo 282 bis CP no debe perjudicar la pena del fraude de subvenciones ("sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código"). Ni la del homicidio, cabría decir. El artículo 284.1.3º CP, que tipifica las manipulaciones operativas del mercado bursátil, se refiere en la descripción de una de las conductas a una misteriosa "misma información". Y es muy chusca la artificiosidad con la que ha quedado el delito de información privilegiada, fruto de constantes toqueteos. Dedica un apartado no breve, el 285.4, a definir el sujeto activo del delito, quiénes de entre los que tienen la información, para a continuación decir, en el 285.5 CP, que lo son todos los que tienen la información reservada.

Me recuerda por cierto a la redacción de otra ley que nos importa empresarialmente, la de protección de los denunciantes, aunque en esta la técnica es la inversa, de lo general a lo ya

[2] Margalit, A., *The decent society,* Harvard University Press, 1998.
[3] Tiedemann, K. (dir.), Nieto Martín, A. (coord.), *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea,* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

innecesariamente particular. Para definir el ámbito material de aplicación de la ley dice: "*Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave. En todo caso, se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social*". Imagínense que trasladáramos esa técnica, que en realidad cuestiona el primer inciso, a otros textos jurídicos: "Todos tiene derecho a la vida. En todo caso, los murcianos tienen derecho a la vida". Ya saben, todos somos iguales pero unos más iguales que otros[4].

Pero refiriéndome a cosas menos chuscas. Sorprende la doble regulación del fraude de subvenciones europeas, en los artículos 306 y 308 CP. O la dificultad para diferenciar entre las modalidades del blanqueo de los artículos 301.1 y 301.2 CP. O que sea una modalidad de blanqueo de capitales, según el título del capítulo, cualquier ayuda "a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos" (301.1 CP). O el lío que se ha montado entre la corrupción internacional en los negocios (286 ter CP), que es solo una conducta de cohecho activo, con la internacionalización de todo cohecho (427 CP). O que el fraude de inversores tenga una agravación por el resultado del perjuicio económico de los engañados (párrafo segundo del 282 bis CP) a pesar de la existencia de los delitos de estafa.

Y luego están las decisiones político-criminales sorprendentes. ¿Penamos el blanqueo, incluido el autoblanqueo, incluido el imprudente, desde el primer euro? ¿Protegemos más los euros europeos (delito fiscal desde los 100.000 euros; atenuado pero delito a partir de los 10.000 euros) que los españoles (delito fiscal solo desde los 120.000 euros)? ¿Defraudación de prestaciones de la Seguridad Social, que es un delito de ciudadanos individuales, desde el primer euro (307 bis CP), pero fraude de ingresos a la misma, que es un delito de empresarios, solo desde los 50.000 euros (307 CP)? ¿Y por qué se ha dejado fuera de la responsabilidad penal de la personas jurídicas el delito cuya prevención más la necesitaba, como es el delito contra la seguridad de los trabajadores?

3. ¿Significa eso que el Derecho penal no cumple su papel frente a los excesos empresariales que causan daños sociales graves pero difusos (por ejemplo, crisis financieras, contaminación, explotación laboral)? ¿Cuál deber ser ese papel?

Esa pregunta es en realidad la pregunta por la criminalización. Teniendo en cuenta lo invasiva que es la pena, que es deshonor y cárcel, tenemos que ser muy cuidadosos en cómo la administramos. Y en ese ser cuidadosos hemos generado el análisis de proporcionalidad, que es el que aplican los tribunales constitucionales (que son quienes controlan al legislador penal; que son, por así decirlo, los tribunales de la política criminal). La respuesta al si y al cómo de la criminalización debe darse caso por caso, con atención delicada a cada pregunta de proporcionalidad: ¿protege la norma penal algo legítimo?, ¿sirve para esa protección?, ¿es necesario penar porque no existe un mecanismo de protección menos incisivo y, singularmente, porque no funcionan satisfactoriamente las sanciones administrativas?, ¿nos merece la pena la intervención penal en términos de valores constitucionales, teniendo en cuenta lo que ganamos y lo que perdemos con la tipificación, singularmente atendiendo a la importancia del bien jurídico y las privaciones que supone la intervención penal?

Dicho eso, bajando de las nubes conceptuales: todo indica que es legítimo y bueno convertir en delito la explotación laboral, la contaminación grave o los acuerdos duros de cártel. Y no parece que haya graves lagunas de criminalización en nuestro Código Penal, por mucho que

[4] Orwell, G., *Animal Farm: A Fairy Story*, 1945.

siga habiendo ámbitos que merecen la expansión, como, sin ir más lejos de los ejemplos de su pregunta, la explotación laboral severa, el ecocidio o la tolerancia de la persona jurídica con las condiciones gravemente irregulares respecto a la seguridad de los trabajadores.

4. Tenemos entonces hoy, en su opinión, un área de penalización esencialmente adecuado en relación con la actividad económica irregular.

Sí. Subrayo el adverbio: *básicamente* sí. No hay groseras necesidades de generación de nuevos delitos. Ni grandes necesidades de despenalización, aunque también aquí sería buena alguna contracción del Código Penal.

5. ¿En qué ámbitos?

Esto exigiría un examen detallado. Pero pueden resultar ilustrativos algunos ejemplos. Comenzando con un delito reciente, no le veo sentido —no le veo proporcionalidad— al nuevo delito de camuflaje laboral, que piensa sobre todo en el fenómeno de los *riders* (311.2º CP). O asusta la inmensidad del blanqueo, que anda corrigiendo la jurisprudencia, haciendo buena la frase de que cuanto más insensato es el legislador, más sensatos son los jueces. (El otro gran ejemplo de este fenómeno es el tráfico de drogas.) O reparen en el delito societario de "impedir a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social" (293 CP).

Más preocupante que los anteriores delitos me parece el nuevo de enriquecimiento ilícito de autoridades, que en realidad es un delito de no dar explicaciones de tu enriquecimiento (438 bis CP). Si bien se mira estamos ante la consideración como delito de un indicio de la comisión de un hecho lesivo, que además consiste en la no aportación de información por parte del sospechoso, lo que parece bastante poco respetuoso con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

6. ¿Cree usted entonces que la expansión del Derecho penal en el ámbito empresarial ha debilitado las garantías propias de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales? ¿En qué ámbito deberían reforzarse?

Sí, se ha producido esa debilitación. No solo en la conformación de la delincuencia empresarial y económica, pero sobre todo en ella. Si comenzamos con la legalidad penal, que es principio y es el contenido de un derecho fundamental, veremos no solo que respecto a algunos delitos no es fácil saber qué es delito, como pasa con el blanqueo —¿es blanqueo la mera posesión o disfrute?; ¿cuándo genera responsabilidad penal el autoblanqueo?; ¿es el delito fiscal un delito antecedente del blanqueo?—, con la explotación laboral o con un comportamiento tan lesivo de la competencia como son los acuerdos de cártel, sino que no es fácil prever para los destinatarios de la norma cuál es la pena que se les impondría si cometen el delito. La moda en los delitos económicos es un marco penal en el que el máximo de la pena resulta de multiplicar su mínimo por doce: de seis meses a seis años. Recuerda un poco a la disparatada pena de la sedición militar agravada: de dos a dieciocho años de prisión (art. 38 del Código Penal Militar). Con estos márgenes penales no solo se genera incertidumbre, sino que el legislador (nuestros representantes) decide poco y los jueces deciden demasiado.

Pero más preocupante que esto es, creo, la indefinición que padecemos respecto a la regulación de las categorías generales de imputación. En una entrada reciente del blog *Almacén de Derecho* relacionaba hasta diecisiete cuestiones controvertidas en materia de autoría y participación en los delitos de empresa (*Autoría y participación en los delitos de empresa: catálogo de problemas*[5]). En tantos aspectos de los que depende la pena estamos sin ley, como el, en este punto denostado, Derecho penal anglosajón (solo el tradicional, por cierto). Pero sin los recursos de generación de seguridad que fue aquilatando históricamente la tradición británica de sujeción al precedente. Creo que el legislador ha de legislar más en la parte general y mejor en la parte especial y creo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha de empeñarse más en cumplir lo que Lothar Kuhlen denomina "mandato de determinación de la interpretación judicial".

7. ¿Solo debemos preocuparnos entonces por la vigencia del principio de legalidad?

No solo. Ya he mencionado lo incisivo que es el nuevo delito de enriquecimiento ilícito para con el principio de culpabilidad. Y me preocupa también lo desproporcionadas que pueden ser algunas penas, bien por lo que señalaba de la excesiva discrecionalidad judicial, bien por la tipificación de conductas insuficientemente lesivas o que en su ambigua literalidad puedan ser comprensivas de ilícitos de bagatela. Como el juez se ponga literalista (como hizo por cierto el Tribunal Supremo en otro ámbito, el de la violencia de género, en el que entendió que se *debía* penar en todo caso, sin restricciones típicas principialistas, si el autor era varón, la víctima mujer y había entre ellos una relación de pareja presente o pretérita, con independencia de que concurriera un elemento de dominación, siquiera tendencial: STS 677/2018) puede considerar que es delito cualquier irregularidad laboral (311.1º CP), o cualquier limitación de la libertad sindical (315 CP), o un nimio autoblanqueo imprudente (301.3 CP), o la limitación de la información al socio de una sociedad mercantil (293 CP).

Otras desproporciones provendrán de los problemas de fronteras difusas y solapamientos de los distintos tipos de delitos económicos. Podrá darse un *bis in idem* si el juez interpreta erróneamente que una determinada concurrencia es de delitos y no de leyes. Y ese error viene invitado, como decía, por la definición y organización desordenada de los tipos penales. En el caso Pescanova (STS 89/2023), por ejemplo, se penó tanto por la falsedad en las cuentas anuales (290 CP) como por el fraude de inversores (282 bis CP), que supone el falseamiento de la información que la sociedad debe comunicar al mercado.

8. Es indiscutible que el compliance vive una época dorada. ¿Realmente la incorporación de programas de cumplimiento es la panacea para reducir la criminalidad que se produce en el contexto empresarial?

"Panacea" es mucho decir. Conformémonos con que es un instrumento eficaz de combate contra la delincuencia empresarial, entendida esta como la que surge de la empresa, en la actividad empresarial y en beneficio de la empresa. Como señalaba antes, las grandes aportaciones jurídicas en ese combate me parecen el cumplimiento penal como obligación penal (la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y la afinación de la responsabilidad por omisión.

[5] Lascuraín Sánchez, J. A., "Autoría y participación en los delitos de empresa: catálogo de problemas", *Almacén del Derecho*, 23 de enero de 2025. Disponible en: https://almacendederecho.org/autoria-y-participacion-en-los-delitos-de-empresa-catalogo-de-problemas.

Esa eficacia para prevenir la delincuencia empresarial, que es una delincuencia en cierto modo alimentada por el sistema de libre mercado, no es poca cosa. Si quiere verse así, me parece que la responsabilidad penal corporativa, cuyas posibilidad y conveniencia son objeto de honda discusión doctrinal, me parece un invento progresista. Un invento que solo funciona eficazmente si esa responsabilidad es penal.

Pero respondiendo a su pregunta. ¿Funciona?, ¿funciona el cumplimiento? Yo creo que sí. Por de pronto, y por muy taimada que pudiera ser la estrategia en algunos casos (el llamado *cosmetic compliance*), introduce una contracultura ética y de legalidad frente a una posible cultura criminal de grupo justificadora del delito (ese "contaminamos mucho, pero tenemos que sobrevivir, que de esta empresa comen muchas familias"). Debe subrayarse, en segundo lugar, que hay buenas razones para pensar que desde la empresa se controlarán las pulsiones delictivas. El cumplimiento es un deber penal de la persona jurídica y el incumplimiento puede suponer graves costes reputacionales y económicos. Existe una presión penal sobre los administradores para que eviten los delitos empresariales. Es, como ha destacado Silva, prevención general negativa sobre los administradores para que controlen ese ámbito de peligrosidad que es su empresa.

Si conseguimos que funcione este invento seremos más eficaces y a menor coste como Estado en la persecución de delitos graves y complejos. La instrucción no tendrá que perderse en el laberinto de la empresa, con posibilidades muy limitadas de encontrar una salida franca (la única que nos vale ex presunción de inocencia: el delito solo se ha cometido si nos consta más allá de toda duda razonable). No sé si esto es muy optimista, pero lo que se espera con el sistema es que la propia empresa facilite la investigación desde dentro, por la cuenta que le trae. Claro que en este proceso de cierta externalización de la instrucción penal habrá que estar atentos a que no se utilice para que la empresa no entregue la cabeza de Juan el Bautista como chivo expiatorio que libere a individuos de nivel más alto y a la persona jurídica misma.

9. ¿Y de qué depende "que funcione"?

El legislador hizo una buena aportación en el 2015, aclarando que la responsabilidad penal de la persona jurídica no venía arrastrada por la de sus administradores y altos directivos y sentando las directrices de los programas de cumplimiento. Me parece muy importante que ahora la jurisprudencia haga bien las cosas. Por un lado, que no exima de responsabilidad a las empresas que no trataron razonablemente de impedir delitos individuales como el cometido; por otro lado, el inverso, ha de evitar dos riesgos que darían al traste con el invento. El primero es el de inferir del delito individual el delito corporativo. Ese automatismo lanzaría el mensaje de que no merece la pena invertir dinero en prevención penal. El segundo es el de eximir demasiado tarde, ya que buena parte de la pena es el proceso penal. *The process is the punishment*, dicen los anglosajones. Esto es similar para las personas físicas, pero tiene una peculiaridad respecto a la persona jurídica, que no puede ir a la cárcel: la aflictividad esencial de la pena es la reputacional, que es la que irroga ya en buena parte la imputación. Y de nuevo con la cuestión de los incentivos: si el proceso es la pena y aquel se automatiza, puede desalentarse la inversión en cumplimiento.

10. En un momento de cada vez mayor deslocalización en la producción de bienes y servicios, ¿cómo podemos hacer que el Derecho penal empresarial sea eficaz y la posible responsabilidad de las personas jurídicas disuasoria?

El problema al que nos enfrentamos es el de una posible "deslocalización jurídica". Que se entienda que no hay jurisdicción española porque no hay territorialidad si el delito individual de la persona jurídica española se comete fuera de España o, a la inversa, que se niegue la territorialidad de la actuación de la persona jurídica extranjera cuyos miembros delinquieron en España.

La policía (el legislador) debe ser más lista que el ladrón. Aquí no se pecó de falta de inteligencia, sino de vaguería. Ni cuando se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010 ni cuando se repensó en 2015 se dedicó esfuerzo alguno a la cuestión del ámbito de la jurisdicción española, a reformar el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Más allá de las excepciones adicionales que puedan provenir del criterio de justicia penal internacional, hay que conseguir que se sometan a la jurisdicción penal española por de pronto, por razones de una territorialidad que debe definirse expresamente, las personas jurídicas que se organizan desde España y también aquellas cuyos miembros delinquen en España. Además, y en la línea de las leyes anticorrupción más avanzadas de otros ordenamientos (la *Foreign Corrupt Practices Act* y la Ley Sarbanes-Oxley, estadounidenses, o la británica *Bribery Act*), debe ampliarse la persecución a las empresas que cotizan en España o que tengan una actividad significativa en España, por razones de protección de la competencia y con ello de nuestra economía.

11. ¿Considera que los delitos económicos gozan de una mayor tolerancia social en comparación con otros delitos? ¿A qué cree que se debe esa diferencia en la percepción pública?

No creo que ese fenómeno social respecto a la percepción de la lesividad de los delitos sea diferente al de nuestras intuiciones éticas. En ocasiones la comprensión racional de la lesividad exige más reflexión, más pedagogía. Hay delitos que entran por los sentidos (son flagrantes, por utilizar ese adjetivo jurídico clave para legitimar la intrusión domiciliar) y otros que no. Los primeros coinciden en esencia con los delitos nucleares *mala in se*, siguiendo la clasificación en la que tanto insiste Silva.

Pero la dificultad en la percepción de la lesividad no equivale a una menor lesividad, como hemos aprendido históricamente en ámbitos tan diversos como el fraude a la Hacienda Pública o la conducción bajo los efectos del alcohol. ¿Sabe que la OCDE, en una recomendación de 2019 sobre la criminalización de los acuerdos duros de cártel, señala que entre 1990 y 2016 las ventas nominales afectadas por los cárteles internacionales más duros superaron los 50 billones de dólares estadounidenses (*trillions* en el original; no es un error de traducción) y que los sobreprecios brutos de los cárteles superaron los 1,5 billones de dólares?[6] Muy expresivamente Stephan, un autor que ha realizado un estudio empírico al respecto, aprecia que si el precio de los alimentos básicos se redujera en un diez por ciento en virtud de las

[6] OECD, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, OECD Legal documents, 2025.

políticas contra los cárteles se podría sacar de la pobreza a medio millón de personas de Kenia, Sudáfrica y Zambia[7].

En relación con este tema me parecen interesantes dos consideraciones. La primera es un viaje de ida y vuelta. La percepción social de la lesividad de una conducta lleva a su criminalización y la criminalización en sí aumenta esa percepción social. La segunda: la lesividad existe, pero para su adecuada percepción necesitamos datos y valoraciones de expertos. Pero tengo la sensación de que en nuestro mundo actual de expansión y democratización de las informaciones y de las opiniones, con todo lo bueno que tiene ese fenómeno, se ha producido un ensombrecimiento de la voz y de la influencia de los especialistas.

12. ¿Hasta qué punto cree que existe una zona de confluencia —o incluso de simbiosis— entre la criminalidad empresarial y la criminalidad política vinculada a la Administración pública? ¿Podemos seguir analizándolas por separado?

Esto de rotular criminalidades no es baladí. Cuando estudiamos la delincuencia hacemos sectores para captar mejor qué conductas son lesivas y en qué medida, y cómo debemos tipificarlas e interpretarlas armónicamente. Vaya por delante que los estudiosos de la materia no tenemos claro qué es el Derecho penal económico (por ejemplo, por qué los delitos contra la propiedad no son económicos; si lo son las insolvencias punibles, o los laborales, o los medioambientales). De hecho, los autores del manual en el que participo (con Norberto de la Mata, Jacobo Dopico y Adán Nieto) decidimos titularlo, sin posterior división interna en el índice, "Derecho penal económico y de la empresa")[8]. Los delitos económicos basarían su sello en el bien atacado; los empresariales, en la razón y el origen del delito. Sus ámbitos serían círculos secantes.

Como bien sugiere la pregunta, tenemos una tercera pata, que es la de los delitos que denominamos "contra la Administración pública", que en muchos casos son también delitos económicos y que pueden ser también delitos empresariales. Esto es normal si tenemos en cuenta que casi la mitad de la actividad económica es pública. El delito de corrupción pública económica internacional (286 ter CP) expresa muy bien el daño que hace la corrupción pública a la competencia.

13. ¿Qué papel atribuye usted a mecanismos como la auditoría, la supervisión administrativa o los órganos de control interno en la prevención de la criminalidad empresarial? ¿Son realmente eficaces?

Yo creo que la eficacia de un programa de cumplimiento depende sobre todo de la voluntad de desplegarlo de quien manda, de los administradores de la persona jurídica. Y no es tan relevante que esa voluntad tenga razones más o menos éticas o venga solo condicionada por el miedo penal. Es el *tone from the top* anglosajón.

A partir de ahí hay que hacer bien las cosas, delegar en quien sepa y organizar un sistema de prevención razonable que se ha de ir evaluando y repensando constantemente. Y desde

[7] Stephan, A., "An empirical evaluation of the normative justifications for cartel criminalisation", *Legal Studies,* Vol. 37, No. 4, 2017, pp. 621-646.
[8] De la Mata Barranco, N., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J. A., Nieto Martín, A., *Derecho Penal económico y de la empresa,* 2ª ed., Dykinson. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/6deb8f9c-6976-4265-bd3d-bb303f52d0bc

luego forma parte esencial del sistema, entre otras cosas, un sistema adecuado de monitorización del mismo y de detección de irregularidades. Para esto último será esencial no solo la labor de los responsables de cumplimiento, sino la colaboración de todos, también externos, pero sobre todo de los directivos y trabajadores de la empresa. Ello requiere un buen canal de denuncias, incluidas plenas garantías de indemnidad para el denunciante, y una cultura ética adecuada que estimule la comunicación de irregularidades.

14. ¿Es cierto que el Derecho penal empresarial es un ejemplo de "Derecho penal del amigo"?

Salvo alguna excepción, a mí no me lo parece, ni en la generación de los delitos ni en su interpretación y aplicación. Existe, sí, algún déficit de criminalización, pero el panorama de protección penal frente a la actividad empresarial es básicamente satisfactorio, y desde luego no calificable como "Derecho penal del amigo" si por tal se entiende una injustificada manifiesta quiebra del principio de protección penal en relación con las lesividades que provienen de determinadas actividades o de determinados sujetos.

La excepción y el déficit. Empiezo por este último, recordando alguna cosa que ya he dicho: echo en falta en el Código Penal la previsión expresa de la explotación laboral grave y del ecocidio, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a los delitos contra los derechos de los trabajadores. También me parece que habría que equiparar la participación de los auditores con la autoría en la falsificación de las cuentas societarias (290 CP). Y me parece demasiado contenida la persecución penal de los fraudes en las contribuciones a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

Con estos últimos delitos tiene que ver una manifestación, sí, del Derecho penal del amigo: esa debilitadora puerta abierta permanente a la exención por regularización tempestiva y a la generosa rebaja de pena cuando regulariza el imputado (305. 4 y 6 CP). Es un "que no te preocupe tanto defraudar a lo grande, que incluso si la cosa se pone fea no irás a la cárcel".

15. ¿Cuáles cree que serán los principales retos que enfrentaremos en los próximos años para hacer frente a la delincuencia empresarial?

Pongamos tres, que es el número de deseos que concedía el genio de la lámpara.

El primer reto, regulativo, es el combate penal de las graves vulneraciones de derechos humanos que se realizan *allí* (en países en desarrollo) en actividades que integran la cadena productiva de las empresas de *aquí* (en los países económicamente desarrollados). Existe ya una directiva que habrá que trasponer sobre las obligaciones de supervisión y reacción de las empresas en relación con sus proveedores. Las empresas tendrán que integrarlas en sus sistemas de cumplimiento. Tenemos que pensar bien qué relevancia sancionadora le vamos a dar al incumplimiento en esta materia. A mí parece, en la línea de lo que proponía el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, que habría que crear un delito de receptación de efectos que proceden de la grave vulneración de derechos humanos, que debería incluir ciertos supuestos de imprudencia grave y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si al lector le interesa esta cuestión, me remito a mi entrada al respecto en *Almacén de Derecho*[9].

[9] Lascuraín Sánchez, J. A., "¿Cómo combatimos al proveedor inmoral?", *Almacén de Derecho,* 27 de marzo de 2023. Disponible en: https://almacendederecho.org/como-combatimos-al-proveedor-inmoral.

El segundo reto es interpretativo. Ya he hecho referencia a él. Tenemos que aplicar bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y bien significa aquí tanto eximir prontamente a la empresa cumplidora como penar a la incumplidora. Y pensar bien qué diligencia exigimos a las PYMES y cuál es la implicación de las sociedades matrices en las sociedades filiales en los grupos de empresas.

El tercer reto es regulativo e interpretativo: el ya mencionado relativo a una clara y justa atribución de responsabilidades a título de autoría o a título de participación en los delitos de empresa.

Recensión a Eckart J. Brödermann, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Comentario artículo por artículo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, traducción coordinada por Christian F. Zinser Cieslik y Pedro Mendoza Montano (publicado originalmente como Eckart J. Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary, 2nd edn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023).

Sergio García Long

Corresponsal de UNIDROIT
Pontificia Universidad Católica del Perú

¿Por qué es importante la traducción del inglés al español realizada por los profesores Zinser Cieslik y Mendoza Montano del libro del profesor Brödermann? Porque, como fin primordial, permite democratizar el conocimiento legal en el mundo hispano de Latino América y España, y de manera particular, porque fomenta la educación entre los estudiantes de pregrado en Latino América, lo cual genera un efecto inclusivo en una región donde la educación legal es aún limitada, fragmentada y defectuosa.

El inglés es el idioma universal, no solo para la comunicación del día a día sino también para el desarrollo y la enseñanza del derecho. Antes el derecho civil se creaba en el idioma europeo respectivo, sea español, francés, alemán, italiano, entre otros, y de ello se aprendía en Latino América, usualmente afrancesada. Sin embargo, en la actualidad el derecho civil es uno que se desarrolla en inglés. Ello se debe al derecho uniforme. Desde la redacción y promulgación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería ("CISG"), los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales ("UPICC") y los Principios del Derecho Europeo de los Contratos ("PECL") – que conforman la *troika* como los denominó Ole Lando (véase "CISG and its followers: a proposal to adopt some international principles of contract law" (2005) 53 The American Journal of Comparative Law 379)– el inglés se volvió en el idioma común para Europa.

Adicionalmente, es conocido que los europeos prefieren el inglés para trascender a sus fronteras y lograr prestigio universal. Aquellos que no dominaron el inglés, lamentablemente no recibieron en su momento el reconocimiento que merecían. Por ejemplo, es conocido el caso de Rodolfo Sacco, quien gracias a la traducción que hizo James Gordley sobre su teoría de los formantes legales, empezó a ser reconocido como unos de los padres del derecho comparado (véase "Legal formants: a dynamic approach to comparative law" (1991) 39 The American Journal of Comparative Law 1). De manera similar, se le reconoce al italiano Pietro Trimarchi y al austriaco Victor Mataja que hubieran sido padres fundadores del Law & Economics si hubieran escrito en inglés y no en italiano y alemán respectivamente (véase Sergio García Long, "El nacimiento y ascenso de los *civil lawyers*" (2018) 73 Themis 271).

Los ejemplos mencionados son importantes para entender cómo el inglés predomina el desarrollo del derecho civil en la actualidad. Por ello, las grandes autoridades legales escriben

en inglés, lo cual tiene como resultado que lo más importante sobre el derecho civil en la actualidad se escriba y publique en inglés, y en colecciones sobre derecho comparado o derecho uniforme en editoriales internacionales. Por ejemplo, si uno quiere aprender sobre la buena fe en el derecho comparado, debe revisar obligatoriamente Reinhard Zimmerman y Simon Whittaker (eds), *Good faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000), que se ha vuelto una referencia que está presente en todo estudio serio actual sobre la buena fe; de igual manera, es obligatoria la consulta de Stefan Vogenauer (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (2nd edn, Oxford University Press 2015) y Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law* (3rd edn, Transnational Publishers 2005).

Si bien lo anterior permite uniformizar el conocimiento, también tiene un efecto excluyente en jurisdicciones usualmente consideradas como en vías de desarrollo. Latino América es un continente que tiene mucho de qué sentirse orgulloso, por ejemplo, es rico en recursos naturales, bosques, fauna silvestre, Amazonas, cultura, gastronomía, entre otros. Sin embargo, el nivel de educación no es el mejor. Probablemente de capitales como Lima, Santiago, Buenos Aires, entre otras, provenga la élite que tuvo la oportunidad de asistir a buenos colegios y a la mejor universidad del país, para luego continuar con una maestría o doctorado en el Reino Unido o Estados Unidos, donde usualmente están las universidades con mejor ranking en el mundo. Pero ello representa una pequeña porción del universo. Latino América maneja el español como idioma común (salvo Brasil con el portugués, y otras lenguas nativas como el guaraní en Paraguay, el quechua en Perú, el mapuche en Chile y Argentina, el náhuatl en México, entre otros). El inglés se usa, pero no se podría decir que de manera tan extendida como en Europa.

Entonces, por un lado, Europa avanza con mucha rapidez con el inglés, mientras que en Latino América se habla el español y lamentablemente no todos están en la misma condición económica y social para aprender adecuadamente una lengua extranjera como el inglés. Dentro de este contexto, y pensando en la educación universitaria en derecho, destaca la labor de los profesores Zinser Cieslik y Mendoza Montano porque permite crear un puente entre el Viejo Mundo que avanza rápidamente en inglés y el Latinoamericano que tiene otro ritmo.

Sobre todo, la elección por parte de los profesores Zinser Cieslik y Mendoza Montano de traducir un comentario de los UPICC realizado por un profesor y *practitioner* es muy acertada, particularmente para Latino América. A diferencia de Europa donde los profesores se dedican a la docencia e investigación a tiempo completo, en Latino América suele ocurrir lo mismo pero también hay jurisdicciones donde los más destacados profesores e investigadores de derecho también se dedican a la práctica profesional, sea como socios o consultores de conocidos estudios de abogados, como árbitros, participando como expertos en derecho doméstico ante cortes internacionales, entre otros roles. Entonces, un abogado latinoamericano estará particularmente interesado en un comentario que combina la parte teórica con la práctica. En esto, el profesor Brödermann destaca enormemente, por su práctica arbitral en general y porque desde hace mucho tiempo es un usuario de los UPICC (véase "The impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German lawyer" 16 (2011) Uniform Law Review 589 y "Bridge Over Trouble Waters for International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles 2016, an overview from a long time user" 28 (2020) Tulane Journal of International and Comparative Law 193). Ciertamente, el libro de Brödermann no descuida la parte teórica por incluir una práctica, al contrario, genera las sinergias necesarias para dar como resultado un producto de calidad.

Ahora, entrando al tema de fondo, uno podría preguntarse, ¿son los UPICC importantes en Latino América? La doctrina jurídica latinoamericana no está tan atenta y pendiente de los UPICC como sí lo está Europa, salvo excepciones (véase recientemente Sergio García Long, "The influence of the Italian model of hardship in Latin America and international trade (with some notes from social sciences)" (2023) 28 Uniform Law Review 57 y María Ignacia Vial Undurraga y Isabel Zuloaga Ríos, "The choice of the PICC as the proper law of the contract in Latin American jurisdictions: Chilean contract law as a sample study" (2024) 29 Uniform Law Review 221). Sin embargo, un análisis más minucioso nos permite evidenciar la gran influencia que tienen los UPICC en el derecho latinoamericano.

Por ejemplo, en relación al derecho uniforme regional, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos ("PLDC") tuvieron presentes a los UPICC (véase la Presentación a los mismos), sin embargo, no se promueve una interacción efectiva. Por el contrario, en Europa, un tema que se estudia a profundidad es la posibilidad de aplicar los UPICC para complementar la CISG. Ciertamente, es un tema polémico como se evidenció en el caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* resuelto por la Corte de Casación Belga, 19 de junio de 2009, donde se usaron las disposiciones de *hardship* de los PICC para suplementar el artículo 79 CISG sobre impedimentos. ¿Se puede considerar una interacción similar entre los PICC y PLDC? Se trata de un tema pendiente en la agenda latinoamericana. Incluso también se podría considerar la relación de los UPICC con el Código Marco de las Obligaciones para América Latina del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina – GADAL. Lo anterior sería útil para promover la aplicación de los UPICC en los contratos y el arbitraje.

Tal vez un escenario más complicado sería la relación de los UPICC con los Principios OHADAC sobre Contratos Comerciales Internacionales (el instrumento internacional para el Caribe), los cuales, si bien en algunas materias siguieron a los UPICC, sobre la *hardship* optaron por un modelo anglosajón ya que solo se admite la terminación privada del contrato (art. 6.3.1), algo que se asemeja mucho al modelo del artículo 79 CISG.

Por el lado de los derechos nacionales, la influencia de los UPICC se observa en recientes reformas como la del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2015, que incluye en su artículo 1091 el deber de renegociación en la imprevisión, lo cual toma como referencia la regulación sobre *hardship* de los artículos 6.2.1, 6.2.2. y 6.2.3 de los UPICC, conocidos por haber propuesto un esquema más complejo para lidiar con la excesiva onerosidad a diferencia del tradicional esquema bajo los derechos nacionales. La misma influencia se observó en Europa cuando la reforma francesa del 2016 incluyó el modelo de *hardship* de los UPICC en lo que ahora es el artículo 1195 del Código Civil francés. Lo mismo se observa en la reforma china del 2021 y la belga del 2023 en materia de contratos, que incluyeron a la renegociación en la excesiva onerosidad. Lo anterior demuestra que en efecto los UPICC, como se indica en su preámbulo, puede servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

Ciertamente, pensando en los derechos latinoamericanos, en cada jurisdicción uno tendrá que analizar las diferentes bases legales que existan bajo la ley nacional para poder invocar válidamente a los UPICC, a efectos de verificar su verdadera influencia y utilidad práctica. Sobre esto, destaca el libro de Alejandro Garro y José Antonio Moreno Rodríguez (eds), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law* (Springer 2021) que reúne diversos reportes nacionales que analizan el nivel de influencia de los UPICC en el derecho interno, de los cuales, están presentes reportes de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela por parte de Latinoamérica. El dato relevante es que los derechos nacionales tienen suficientes bases legales para aplicar los UPICC para interpretar o complementar el derecho interno. Por ejemplo, si tomamos a Perú como

referencia, el derecho nacional señala que deben aplicarse los "principios generales" (art. VIII del Título Preliminar del Código Civil peruano) y los "usos y costumbres" (en diversos artículos del Código Civil). Entonces, considerando que los UPICC califican como principios generales o usos y costumbres (incluso *lex mercatoria*), su aplicación en el derecho interno no debería ser extraña. En todo caso, tal vez no estamos tan acostumbrados en hacerlo, pero ello no quiere decir que su aplicación sea indebida (véase Sergio García Long, "El uso de los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho interno: un modelo para el legislador peruano" (2024) 85 Themis 419).

Incluso en la normativa de arbitraje peruana se indica que si las partes no pactaron la norma de fondo el tribunal arbitral "aplicará las que estime apropiadas" (art. 57 de la Ley de Arbitraje). Esta última disposición es importante porque los UPICC suelen ser promovidos con mayor entusiasmo en el arbitraje, a diferencia del poder judicial. Ciertamente, la confidencialidad del arbitraje hace complicado acceder a los laudos, mientras que la falta de un sistema de precedentes impide que se pueda formar una corriente sólida y constante sobre el uso de los UPICC. Sin embargo, en la práctica arbitral se conoce la importancia de los UPICC, así como su uso reiterado, de manera que en el círculo arbitral nadie puede negar el relevante rol de los UPICC en los contratos y el arbitraje.

Finalmente, y nuevamente, la traducción que reseño ahora tiene mucho valor para Latino América, y por ello, festejo nuevamente el gran esfuerzo de los profesores Zinser Cieslik y Mendoza Montano, así como el entusiasmo y compromiso del profesor Brödermann en la difusión de los UPICC.

Recensión a Javier González Martin (2025): Los elementos formativos de la Historia Tiempo, mito, generación. ilustración, progreso, crisis y barbarie. Córdoba Almuzara. 2025

Julio César Muñiz Pérez

P.P.L. Derecho Financiero (acreditado Titular). UNED.

ORCID: 0000-0001-9571-5866

El libro del profesor González Martín constituye una reflexión historiográfica que busca enfrentar una de las debilidades recurrentes de la disciplina: el uso acrítico de conceptos importados de otras áreas del conocimiento. Con frecuencia, los historiadores los aplican de manera mecánica, sin reparar en su significado específico ni en la necesidad de adecuarlos al análisis histórico. Frente a esta limitación, el autor propone un esfuerzo consciente de revisión conceptual, inspirado en los planteamientos de Reinhart Koselleck y su Historia conceptual (1998). Su objetivo es doble: por un lado, solventar las lagunas metodológicas en el manejo de categorías fundamentales; por otro, actualizar la práctica de la historia mediante una aproximación interdisciplinaria.

El texto se presenta como un ejercicio de renovación historiográfica en el que la historia se entiende no solo como narración de hechos, sino como acción y dinamismo. Esta perspectiva abre nuevos horizontes interpretativos, enriquece los procesos de investigación y ofrece explicaciones novedosas para fenómenos históricos complejos. El libro, en consecuencia, no se limita a señalar errores, sino que construye una propuesta metodológica que combina rigor conceptual, sensibilidad interdisciplinaria y creatividad intelectual.

Uno de los ejes principales de la obra es el análisis del tiempo y sus múltiples formas. González Martín señala que la temporalidad histórica no debe reducirse a su dimensión cronológica, pues existen experiencias atemporales vinculadas a la memoria, la literatura o incluso los sueños, como ocurría en la antigüedad con las premoniciones. Para profundizar en ello, distingue entre cronos, kairos, aion y pléroma: el primero corresponde a la sucesión de hechos; el segundo, al momento oportuno cargado de sentido; el tercero, a una percepción psicológica más amplia del tiempo; y el cuarto, al instante de revelación de carácter religioso. Esta clasificación enriquece la comprensión del pasado al reconocer que los actores históricos no se movían únicamente en un marco de fechas y cronologías, sino también en horizontes simbólicos y existenciales.

Otro concepto central es el mito, que el autor rescata de interpretaciones reductoras. En lugar de considerarlo mera ficción, lo entiende como un componente psicológico y cultural con capacidad para estructurar creencias colectivas. El mito, en este sentido, es inseparable de la historia, pues configura narrativas de identidad y legitima prácticas sociales. Esta visión se complementa con la categoría de generación, analizada en la tradición de Ortega y Gasset, Laín Entralgo y Julián Marías. Las generaciones no son solo recambios biológicos, sino fuerzas que marcan transformaciones de mentalidad, con implicaciones en la vida política, científica y literaria. De este modo, estudiar las generaciones equivale a rastrear el pulso del cambio social.

La triada de tiempo, mito y generación se acompaña de otras categorías igualmente significativas. El autor dedica espacio a examinar el progreso y la civilización, conceptos que suelen presentarse como contrarios a la barbarie, pero que conllevan tensiones y ambigüedades. A ello añade nociones como conciencia, identidad y memoria, cuya interrelación resulta clave para entender los vínculos entre el pasado y el presente. Para González Martín, el estudio histórico carecería de sentido sin la curiosidad, la innovación cultural y el deseo de transgredir los límites impuestos por la rutina archivística. En consecuencia, la labor del historiador no debe reducirse a recopilar datos, sino que exige una interpretación creativa y crítica.

.

En el plano metodológico, la obra refleja una aspiración a la "historia total", heredera de la tradición francesa, pero adaptada a los debates actuales. González Martín reconoce el valor de las herramientas digitales, aunque enfatiza que su función es auxiliar y no sustitutiva del pensamiento crítico. La verdadera innovación, sostiene, no se logra mediante la mera digitalización de archivos, sino a través de la capacidad del investigador de plantear nuevas preguntas y abrir debates abiertos. En este sentido, el libro no es solo un manual conceptual, sino una invitación a repensar la práctica misma de la historiografía.

La obra de González Martín se erige como una contribución significativa a la renovación metodológica de la historia. Su atención a los conceptos fundamentales —tiempo, mito, generación, progreso, civilización, identidad y memoria— proporciona un marco teórico sólido para comprender los procesos históricos más allá de la simple cronología. La propuesta de integrar categorías psicológicas, literarias y religiosas en el análisis abre el campo a una interdisciplinariedad enriquecedora, sin perder el rigor propio de la disciplina.

En suma, esta obra no se limita a diagnosticar las limitaciones del oficio historiador, sino que ofrece una vía metodológica para superarlas. Su invitación a debatir y a repensar la práctica histórica la convierte en una lectura fundamental tanto para especialistas como para lectores interesados en los fundamentos de la historiografía. Se trata, en definitiva, de un texto que combina profundidad conceptual, amplitud cultural y capacidad de atracción, atributos que lo consolidan como una propuesta estimulante para el estudio de la historia en el siglo XXI.

Recensión a Francisco Ramón Lara Payán. La mediación obligatoria moderada (MOM) en el marco de la preceptividad de los MASC. Tirant Lo Blanch. 2025

María Elena Cobas Cobiella

Profesora Titular de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad de Valencia.

La obra que tengo el placer de reseñar en un cálido día de verano resulta especialmente importante en este caso, porque es el fruto de la reciente tesis doctoral leída recientemente por su autor, bajo la dirección de quien hoy escribe estas breves líneas. Hay una frase clásica que dice que: "los alumnos superan a sus maestros" y es cierto; razón por la cual me llena de satisfacción como en su momento hiciera acompañar a Lara Payán en el trayecto de la tesis,- ese largo y agotador camino de culminar todo un proceso de formación- de comentar el trabajo " La mediación obligatoria moderada (MOM) en el marco de la preceptividad de los MASC".

Tres son las grandes cuestiones que me gustaría destacar primero a su autor, segundo la Colección en que se presenta y finalmente recomendar la obra y ofrecer desde una perspectiva crítica algunas razones que hacen de este trabajo, uno de excelencia.

En cuanto al autor, no ha dejado de sorprenderme todo este tiempo en que le he conocido, primeramente, como estudiante del Máster de Mediación, Arbitraje y Gestión de conocimiento en Derecho privado, de la Universidad de Valencia, cuyo TFM fue igualmente bajo mi dirección y luego como doctorando. Sorpresa porque no sólo porque ha sido un discípulo atento a todas las observaciones, receptivo con las críticas, sino lo suficientemente rápido para aprender y aprehender todo lo necesario para la consecución de la tesis, con una humildad que es rara en estos tiempos, donde muchas personas tienen una sabiduría universal que deja perplejo al más sabio. A ello se unen otras cualidades como la capacidad de síntesis, la independencia en la toma de decisiones, la habilidad para expresar las ideas y sobre todo la valentía para sostener una idea, aun cuando todo estuviera en contra, incluso su propia directora, como sucede con el sustrato del trabajo relacionado con la obligatoriedad de la mediación. Amén de la vertiginosa carrera profesoral que está consolidando, al obtener recientemente una plaza de Profesor lector/Ayudante Doctor de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

En cuanto a la Editorial, es de sobras conocido por todas las personas que pivotan en torno al mundo jurídico, que Tirant Lo Blanch es una Editorial de excelencia, siempre además dispuesta a concedernos un espacio para presentar las aportaciones. En este caso además estamos en presencia de una Colección " Cuadernos de Transferencia de conocimiento", bajo la dirección del profesor Alfonso Ortega Giménez, que es un visionario, cabe decir, y ha

abierto una vía para no sólo publicar, sino para transferir el conocimiento, exportándolo, haciendo un puente entre la sociedad y la academia, facilitando además a los profesores, especialistas y operadores jurídicos un sitio donde contar al mundo que se hace, cómo se hace y para qué sirven todos esos resultados que se van acumulando en la vida profesional de las personas. Poniendo además en nuestras manos un nuevo espacio de publicación, que es uno de los grandes retos en que se encuentra el profesorado actual.

En lo que respecta a la obra, caben señalar algunas cuestiones.

Es audaz, porque aunque parezca que tiene un sesgo oportunista porque coincide con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, no es así, porque desde el inicio del planteamiento del problema, las hipótesis y la metodología del trabajo, la apuesta del autor fue por la mediación obligatoria, o quizás mitigada, teniendo en cuenta como plantea durante todo el texto del trabajo el requisito de procedibilidad de las MASC. Bajo la advertencia de que tal como consigna en una de sus conclusiones, -que por cierto recomiendo leer-, si se quiere obtener una profundización del tema, o por lo menos despejar determinadas incógnitas, no resuelve el citado requisito la potenciación de la cultura de la paz, porque muchas son las cuestiones que han de tenerse en cuenta.

Está escrito de una forma ordenada y clara, con una excelente estructura, que permite al lector ir recorriendo las etapas del trabajo. Se agradece por demás la concreción de las ideas y la forma en que abordar el problema principal, que es el debate sobre el diseño del proceso civil en España, y tal como se advierte ya en la Introducción de la obra, donde se dejan claras las intenciones y objetivos de este magnífico trabajo, no se está en presencia de un análisis abstracto, sino que se avanza en la formulación de soluciones y de propuestas, planteamiento entendible, si se tiene en cuenta la profesión del autor, que es y ha sido durante muchos años abogado en ejercicio.

Para el cumplimiento de estos objetivos, que si bien, parecen modestos, no lo son para nada, ya que la pretensión en el fondo es potenciar una mediación que cumpla la finalidad para que se ha creado, y no se convierta en un mero trámite instrumental, el autor ha estructurado la obra en varios capítulos de interés.

El Capítulo I desarrolla la preceptividad en concordancia con los principios que informan los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, destacándose en este sentido el encaje que se presenta de los MASC con los principios procesales y la tutela judicial efectiva; que es una problemática desde el punto de vista práctico, si pensamos en la rigidez del ámbito del procedimiento frente a la flexibilidad de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos como puede ser la mediación.

El Capitulo II aborda los principios que informan los MASC con especial alusión a la mediación. En este acápite se destaca la autonomía de la voluntad que es un referente en orden a la mediación, siendo precisamente uno de los principios que entronca con el principio de la voluntariedad que ha marcado hasta recientemente el desarrollo de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos. La incorporación del principio de buena fe, de transparencia y respeto mutuo en la obra permite una visión de conjunto de la problemática y adentra al lector en este sentido.

El Capitulo III bajo el título de la Mediación obligatoria moderada (MOM), una propuesta de mejora analiza axiomáticamente la mediación bajo la nueva visión de la obligatoriedad, como

una de las principales preocupaciones que ha despertado la ley, ante un posible retraso burocrático que retarde la vía judicial y alargue la tutela judicial efectiva y la retarde, en definitiva. Se desarrolla en el capítulo las indicaciones específicas para el procedimiento de la mediación obligatoria moderada, con una visión práctica de la cuestión.

Las conclusiones son acertadas, resumen adecuadamente y con concreción la problemática, facilitando al lector el entendimiento y la profundización en la materia. La bibliografía está actualizada.

En la actualidad tratar la cultura de la paz, el conflicto y ofrecer soluciones prácticas, con visos teóricos de relevancia, sin pretensiones grandilocuentes, es lo que se necesita en el panorama jurídico desde mi punto de vista, obras que transfieran el conocimiento a la sociedad, y a los operadores jurídicos, poniendo en el centro del debate análisis con sus respectivas aportaciones.

Como diría la frase: "Nada *es más fácil que denunciar al malhechor; nada es más difícil que entenderlo*" (Fiódor Dostoyevski).