



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2015

2
número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

2

2015

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Campus de Vegazana, s/n
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es
Soporte técnico: journals@unileon.es
© Universidad de León, Área de Publicaciones
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)
Depósito Legal: LE-196-1997
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León

DIRECTOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León

SECRETARIA

ISABEL DURÁN SECO. *Derecho Penal*
Universidad de León

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

Fernando de Arvizu y Galarraga

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de León

Romualdo Bermejo García

Catedrático de Derecho Internacional Público. Vicedecano de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Universidad de León

María Angustias Díez Gómez

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de León

Isabel Durán Seco

Profesora Contratada Doctor de Derecho Penal. Secretaria de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Roberto Fernández Fernández

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicedecano de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Javier Fernández-Costales Muñiz

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León
Universidad de León

Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal

Universidad de León

Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática Acreditada de Derecho Civil

Universidad de León

María Josefa Marciel Briso-Montiano

Responsable de la Biblioteca de Derecho

Universidad de León

María Teresa Mata Sierra

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero

Universidad de León

Marta Ordás Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa

Universidad de León

Tomás Alberto Quintana López

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo

Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid (España)

Carlos Bernal Pulido

Catedrático de Filosofía del Derecho

Macquarie Law School Sydney (Australia)

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de A Coruña (España)

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III. Madrid (España)

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional

Universidad Complutense de Madrid (España)

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Murcia (España)

Luis E. Chiesa

Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center
State University of New York (SUNY), (Buffalo,-EE:UU.)

Ricardo Colín García

Director del CU
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

Santos Coronas González

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Oviedo

Maty Diakhaté

Maître de Conférences-HDR en Droit Privé. Coordinatrice du Réseau de Recherche en Sciences Sociales SMIG
Université Paris VIII Vincennes Saint-Dennis (Francia)

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Federico F. Garau Sobrino

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Islas Baleares (España)

Benjamín González Alonso

Catedrático Emérito de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca (España)

Luis Greco

Catedrático de Derecho Penal
Universität Augsburg (Alemania)

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Gyorgy Kiss

Professor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

Diego Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

Pilar Maestre Casas

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca (España)

Manuel Jesús Marín López

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Philippe Martin

Directeur de Recherche au CNRS

Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Université Bordeaux (Francia)

Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Pública de Navarra (España)

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Islas Baleares (España)

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Oviedo (España)

Benjamín Rivaya García

Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho

Universidad de Oviedo (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

Antonio Vicente Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo

Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Catedrático de Derecho Penal

Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Marina Vargas Gómez Urrutia

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

Leandro Vergara

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Vigo (España)

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 2

2015

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	<u>Página</u>
Presentación	
A) Artículos doctrinales	1-236
María Pilar Gutiérrez Santiago Mecanismos «alternativos» frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual	3-69
Patricia Prieto Padín Excedencia por cuidado de hijos (o familiares) en España e Irlanda: Análisis comparado	71-108
Jorge Adame Goddard Ideología y concepto del matrimonio	109-120
Carlos Julio Arango Benjumea Matrimonio civil entre personas del mismo sexo vs. uniones maritales de hecho en Colombia y su referencia en el derecho civil español	121-145
Walter Arellano Hobelsberger La dignidad como derecho humano judicialmente protegido y el modelo de familia en México	147-155
Dionisio Llamazares Fernández Libertad de conciencia y convivencia en pareja	157-200
Gloria Patricia Lopera Mesa y Yulieth Teresa Hillón Vega La feminización de la supervivencia en contextos migratorios y multiculturales	201-219
Araceli Mangas Martín Conferencia pronunciada por la Madrina de la Promoción Anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort “Territorio, integridad territorial y fronteras del Estado en la Unión Europea”	221-236

	<u>Página</u>
B) Recensiones de libros y bibliografía	237-240
Susana Rodríguez Escanciano	239-240
Desplazamientos transnacionales de trabajadores. Determinación de la normativa aplicable en el proceso social español. Alegación y prueba del derecho extranjero, Javier Fernández-Costales Muñiz	
C) Noticias de interés jurídico-académico	241-281
I. Relatorías de las I Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad	243-275
II. Actas del II Coloquio binacional México-España: Derecho, justicia y razonamiento jurídico	276-281
Normas de publicación	283-286

CARTA DE PRESENTACIÓN DEL ILMO. SR. DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Dieciocho años después, habiendo cumplido una mayoría de edad en silencio, vuelve a ver la luz la Revista Jurídica de la Universidad de León.

El empeño que en aquel momento mostró el Dr. Fernández Costales en dar vida a una publicación anual como “foro abierto a la colaboración de todos los juristas de nuestra sociedad”, se convirtió en un compromiso para quienes hace tres años consideramos que, además de la mencionada finalidad principal, la existencia de una Revista de divulgación científica constituía un índice objetivo de calidad para cualquier centro universitario del cual el nuestro no podía carecer.

Mucha ilusión, y bastantes meses de trabajo más tarde, han servido para cumplimentar los numerosos requisitos demandados a una publicación de esta entidad a la hora de acreditar el necesario grado de aptitud. Hoy tengo el honor, en tanto Decano, de ofrecerla a la comunidad universitaria como instrumento para la difusión del saber jurídico con un triple propósito fundamental:

En primer lugar, dotar de espacio propio a los numerosos Seminarios, Jornadas, Encuentros o Congresos que, afortunadamente, se celebran en la Facultad de Derecho de la Universidad de León; abriendo, de este modo, un cauce más para que las palabras trasciendan al auditorio y aquellas ideas puedan encontrar reflejo escrito que amplíe los destinatarios posibles y permanezcan en el tiempo.

En segundo término, servir de vía para que cualquier jurista, sin fronteras de ningún tipo salvo la calidad del mensaje, pueda difundir su pensamiento con plena libertad, aspirando, de este modo, a que cuantos han pasado y sostienen vínculos con esta casa encuentren un camino más para seguir unidos a ella a través de sus escritos y, por supuesto, que otros muchos se acerquen a ella, pues su saber siempre será agradecido.

Por último, y con particular afán, que los investigadores noveles y con mayores dificultades para publicar o cuantos alumnos comienzan a destacar con sus ensayos fin de grado o fin de master, encuentren ese hueco difícil de conseguir hoy en día para que sus ideas alcancen una más amplia difusión.

Desde estas líneas, mi agradecimiento sincero a todos los que han colaborado en esta ambición común. Permítanme, no obstante, destacar la diligencia y disponibilidad del personal del Servicio de Publicaciones de esta Universidad, de la Biblioteca de la Facultad y el Dr. Fernández-Costales Muñiz, cuyo trabajo y labor de impulso incansable ha actuado como verdadero motor de este proyecto ahora convertido en realidad.

En León, a 1 de octubre de 2015

Juan José Fernández Domínguez
Decano de la Facultad de Derecho

A) ARTÍCULOS DOCTRINALES

MECANISMOS «ALTERNATIVOS» FRENTE AL DESAHUCIO HIPOTECARIO DE LA VIVIENDA HABITUAL

Pilar Gutiérrez Santiago

Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática, 2009)

Universidad de León

Resumen

La irresponsable y descontrolada vorágame crediticia de los años de bonanza, unida a la crisis económica desatada en 2007-2008, ha desembocado en una avalancha de ejecuciones hipotecarias y en el desahucio de su vivienda habitual de miles de deudores incapaces de hacer frente a sus préstamos. Nuestro legislador, poco preocupado a su debido tiempo de articular mecanismos de *prevención* del sobreendeudamiento del consumidor de crédito (test de solvencia, información contractual y precontractual, transparencia bancaria), ha tratado luego –cuando el llamado “sinhogarismo” se había ya convertido en una auténtica lacra social– de *parchear* la situación con medidas *ex post* (suspensión de lanzamientos, quitas, dación en pago,...) que, en determinados casos, pueden enturbiar algunos postulados básicos del Derecho *privado*; todo ello sin perjuicio de que, activado el aparato del Estado Social, se hayan también puesto en marcha medidas paliativas de cariz *público* (prestaciones económicas de urgencia social, bolsas de alquiler social y hasta medidas expropiatorias –declaradas inconstitucionales– del uso temporal de viviendas desocupadas, propiedad de las entidades bancarias).

■ Palabras clave:

Sobreendeudamiento del consumidor de crédito hipotecario; Ejecución hipotecaria; Lanzamiento de la vivienda habitual; «Sinhogarismo»; Sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos; Mecanismos alternativos voluntarios o preceptivos; Arbitraje de consumo; Intermediación y mediación hipotecaria

Con estas premisas, y ante la indiscutible y rabiosa “actualidad” de los sistemas alternativos de resolución de litigios en materia de consumo –moda auspiciada desde la propia Unión Europea–, en este trabajo se deja constancia del limitadísimo, por no decir nulo, papel del *arbitraje de consumo* en el campo de los desahucios hipotecarios y del relativo grado de éxito de la *mediación hipotecaria*. A tal fin, se examina cada una de ambas vías extrajudiciales en su proyección particular a los deudores hipotecarios atrapados por la coyuntura económica y en riesgo de perder su vivienda; estudio, cuyo enfoque técnico-jurídico es acompañado de una óptica socio-económica de los costes y riesgos que juegan como incentivos o, por el contrario, y con mayor intensidad, como trabas fácticas a la viabilidad y eficiencia en la práctica de tales mecanismos alternativos. Junto a la normativa estatal en la materia, se atenderá también al Código de Consumo catalán que, llevando el fomento de esos sistemas hasta sus últimos extremos, ha instaurado una (dudosamente constitucional) *presunción de sumisión al arbitraje* de las entidades que otorgan créditos

hipotecarios sobre la vivienda habitual y ha impuesto una *mediación obligatoria* –de discutible conveniencia– como trámite preceptivo previo al procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

Abstract

■ **Keywords:** Consumer over-indebtedness mortgage; Mortgage foreclosure; Eviction from the habitual housing; “Homelessness”; Extrajudicial dispute resolution systems; Voluntary or mandatory alternative mechanisms; Consumer arbitration; Intermediation and mortgage mediation

Irresponsible and uncontrolled credit overfall in years of prosperity, followed by the economic crisis of 2007-2008, it has produced an avalanche of foreclosures and eviction from his habitual housing of thousands of debtors unable to pay their loans. Our legislator did not regulate timely mechanisms for the *prevention* of over-indebtedness consumer credit (solvency tests, pre-contractual and contractual information, bank transparency), and he has tried after –when the so-called “homelessness” has become a serious social problem– relieve the situation with *ex post* measures (suspension of eviction, debt reduction, payment with housing,...) which, in certain cases, may jeopardize some basic principles of *private* law; but also, based on the system of social state, have launched mitigation measures in this *public* order (economic benefits of social urgency, social rents and even expropriatory measures –declared unconstitutional– temporary use of housing unoccupied, property of banks).

From these premises, and at the obvious “fashion” of alternative dispute resolution systems in the field of consumer –fashion sponsored from the European Union–, this paper explains the very little, or none, paper *consumer arbitration* in the field of mortgage foreclosures and the relative success of the *mortgage mediation*. For that, I examined each of the two-judicial procedures in their particular application to mortgage debtors at risk of becoming homeless; study, whose technical and legal approach is accompanied by a socio-economic point of costs and risks playing as incentives or, on the contrary, and with greater intensity, as factual obstacles to the viability and efficiency in practical of such alternative mechanisms. In addition to state regulations, also study the Consumer Code of Cataluña that, with excessive promotion of these systems, he has established a (questionably constitutional) *presumption of submission to arbitration* of institutions providing mortgage credit housing and imposed a *mandatory mediation* –whose desirability is debatable– as a prerequisite for the judicial mortgage foreclosure process.

I. Crisis económica, ejecución hipotecaria y legislación «antidesahucios» – II. La «moda» de la resolución alternativa de los litigios de consumo: consideraciones introductorias sobre sus luces y sombras a propósito de su proyección particular a los desahucios hipotecarios – III. El (eventual) papel del arbitraje de consumo ante el desahucio de la vivienda habitual: su limitadísima virtualidad técnica y práctica – IV. La mediación hipotecaria como sistema de negociación asistida ante el riesgo de lanzamiento de la vivienda habitual

I. CRISIS ECONÓMICA, EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LEGISLACIÓN «ANTIDESAHUICIOS»

La aguda y extraordinaria crisis económica que desde 2007-2008 ha asolado España¹ ha traído consigo, entre otros reveses –vinculados a las cifras alarmantes de desempleo–,

¹ Aunque no cabe aquí detenerse en los precedentes, avatares y causas desencadenantes de la crisis en nuestro país, interesa recordar sucintamente que la misma obedeció a la confluencia de múltiples factores, exógenos y endógenos, que se concretan, de modo principal, en el estallido de la crisis norteamericana y su posterior globalización y “contagio” a España, a lo que se unió la desaceleración económica provocada por el pinchazo de la denominada *burbuja inmobiliaria*. Así, no puede obviarse, por un lado, la falta de liquidez del sistema financiero causada por la irrupción en agosto de 2007 de la crisis de las hipotecas «*subprime*» en Estados Unidos (vid. CALVO HORNERO, A., “La crisis de las hipotecas *subprime* y el riesgo de *credit crunch*”, *Revista de Economía Mundial*, n.º.18, 2008, pp. 198 y ss.; NASARRE AZNAR, S., “La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria”, *Teoría y derecho*, n.º.16, 2014, pp. 13-18; y “A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain”, en KENNA, P., *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, Londres, 2014, pp. 37 y ss.).

Por otro lado, tampoco cabe ignorar el deterioro interno de la economía española, la falta de financiación y el agotamiento del modelo económico de crecimiento –basado en la construcción («la gallina de los huevos de cemento», parafraseando a MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Madrid, Civitas, 2007)–, al producirse una reducción drástica en los retornos de las inversiones y contenerse el crédito a la productividad económica, con la consecuente destrucción del tejido productivo y, por ende, el estremecedor aumento del paro y el descenso vertiginoso del consumo, todo lo cual creó un círculo vicioso de difícil salida. Este complejo y heterogéneo conglomerado de circunstancias llevó a situar en *ratios* sin parangón la deuda de las familias españolas respecto a las entidades financieras, correspondiendo el grueso de la misma a la cartera de créditos hipotecarios dirigidos a la adquisición de vivienda (vid. CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, *Revista de Mediación*, n.º.12, 2013, p. 23).

Sobre las razones del descalabro económico en España, sus turbulentos entresijos ideológicos, inmobiliarios y financieros y los estragos causados por la recesión se han escrito ríos de tinta a estas alturas: vid. entre otros estudios de interés, RECARTE GARCÍA-ANDRADE, A., “La crisis financiera internacional y el crack financiero español”, *La Ilustración liberal*, n.º.37, 2008, pp. 27-73; GARCÍA MONTALVO, J., *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero*, Barcelona, Bosch, 2008; TORTELLA, G./NÚÑEZ, C.E., *Para comprender la crisis*, Madrid, Gadir, 2009; BEL I QUERALT, G./ESTRUCH MANJÓN, A., “Crisis financiera y regulación. Tentación, pecado, penitencia y propósito de la enmienda”, *El Cronista*, n.º.4, 2009, pp. 50-57; EMBID IRUJO, A., *El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009; LAPARRA, M./PÉREZ ERANSUS, B. (Coords.), *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España*, Colección *Estudios Sociales*, n.º.35, Obra Social de La Caixa, Barcelona, 2012; BERROCAL LANZAROT, A.I., “La vivienda hipotecada en la actual situación de crisis económica”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 493-494; DÍEZ GARCÍA, H., *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Madrid, Reus, 2012, pp. 18-71; y ALCALÁ DÍAZ, M.ª.Á., *La protección del deudor hipotecario: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 23-58. Particularmente ilustrativo del

una avalancha de ejecuciones hipotecarias que han culminado con el lanzamiento de los deudores incapaces de hacer frente al pago de sus cuotas hipotecarias². Ello ha conducido a que el derecho a una vivienda, consagrado en el art. 47 de la Constitución Española³, se haya convertido para muchos ciudadanos en una quimera.

singular panorama jurídico e institucional español que, partiendo del actual carácter planetario de las relaciones económicas y financieras, precipitó la crisis en nuestro país es el libro de SOSA WAGNER, F. y FUERTES, M., *Bancarrota del Estado y Europea como contexto*, Madrid, Marcials Pons, 2011; autores que, con su habitual agudeza y rigor y su brillante pluma y amenidad narrativa, dan cuenta de los desaguizados de nuestros gobernantes que han puesto al Estado literalmente *en almoneda*, analizan los sectores en los que la situación de «banarrota» se ha hecho más visible y lacerante (pp. 46 y ss.) y examina las relaciones de esa ruina económica en su dimensión *pública* con las debilidades de la economía española *en la esfera de la actividad privada* destapadas por el hundimiento del negocio del ladrillo y el torbellino de la crisis financiera en los primeros pasos del siglo XXI (pp. 35 y ss.).

² Según datos publicados en marzo de 2015 por el Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>), el número de ejecuciones hipotecarias sobre viviendas habituales se situó en España en el año 2014 en 34.680, cifra un 7,4 % superior a la de 2013. Aunque no existen en nuestro país datos claros sobre el número de desahucios producidos desde los albores de la crisis hasta la fecha –datos que varían en función de su procedencia de unos u otros organismos (Banco de España, Colegio de Registradores, Consejo General del Poder Judicial,...)–, las cifras que se barajan son, en todo caso, escalofrantes. En concreto, las estadísticas ofrecidas por el Consejo General del Poder Judicial revelan que, siquiera hasta 2015 –en que, como luego se dirá, comienza a atisbarse una ligera mejoría–, se ha asistido a un incremento progresivo (con muy leves vaivenes) de las ejecuciones hipotecarias: 25.943 en 2007, 58.686 en 2008, 93.319 en 2009, 93.336 en 2010, 77.854 en 2011, 91.622 en 2012 y 82.680 en 2013 (<http://www.poderjudicial.es>). Aunque en ese año 2013 se experimentó un descenso, los datos del primer trimestre de 2014 mostraron nuevamente un repunte significativo al producirse un aumento de un 14 % respecto del mismo trimestre del año anterior. Sin embargo, no en todas las ejecuciones hipotecarias se produce el lanzamiento ni todas son de primera vivienda. En 2012, por ejemplo, el número total de desahucios se elevó a 43.858 según el CGPJ, 44.745 según el Banco de España y 38.976 de acuerdo con los datos del Colegio de Registradores; pero sin llegarse a especificar con exactitud cuántos fueron concretamente desahucios de la vivienda habitual.

Un completo repaso estadístico en materia de ejecuciones y lanzamientos hipotecarios puede verse en RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., “Ejecuciones hipotecarias. Un año de la Ley 1/2013”, *Revista de Derecho Civil* [en adelante *RDCiv.*], n.º.3, 2014, pp. 106-110. Sobre la problemática ligada a la antes apuntada imprecisión y falta de coincidencia entre unas y otras estadísticas, vid. “Una aproximación a la conciliación de los datos sobre ejecuciones hipotecarias y desahucios”, en *Boletín Información Estadística*, n.º.35, junio 2013, CGPJ; y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., “Introducción. Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 40-46.

³ En el ámbito internacional, el derecho a la vivienda viene recogido en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. En cuanto a su reconocimiento en el seno de la Carta europea de Derechos Fundamentales, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014 (Asunto C-34/13, Caso *Kušionová* [JUR 2014/224808]) ha afirmado

Ante ese angustioso drama personal (suicidios incluidos⁴) y el serio problema social que implica, el legislador español ha ido articulando a lo largo de estos años toda una serie de medidas, de muy distinto calado y naturaleza, destinadas a mitigar o aliviar la situación de los deudores hipotecarios en esa coyuntura.

1. Remedios ex post del Derecho privado vs. mecanismos preventivos del sobreendeudamiento del consumidor de crédito

En el plano del Derecho Privado –principalmente a raíz del Real Decreto-Ley 6/2012⁵, de la Ley 1/2013⁶ (la comúnmente llamada Ley Antidesahucios⁷) y de sus ulteriores reformas (entre ellas, la operada por la Ley 25/2015⁸)– se han previsto, como medidas estelares, y aun sin ánimo de exhaustividad, moratorias o suspensión de los lanzamientos de la vivienda⁹ ante determinadas condiciones económicas

textualmente que “el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta, que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13, de 5 de abril”, pues en el caso enjuiciado se discutía una cláusula contractual que permitía la ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria sin que el juez tuviese la oportunidad de entrar a valorar su carácter abusivo. Dado que el proceso finalizaba con la ejecución y la pérdida de la vivienda por parte del consumidor, este hecho afectaba –concluyó la Sentencia– al *respeto de su vida privada y familiar* (art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales), con lo que, de este modo, el Tribunal de Justicia europeo vino así a incluir el derecho a la vivienda dentro del contenido de aquél.

⁴ Sostiene al respecto CARRASCO PERERA, Á., “Hipotecas sin desahucios”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 105, al hilo del art. 1 del Real Decreto-Ley 27/2012 de Medidas Urgentes para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, que “esta norma no fue propiamente una reacción legislativa a los desahucios, sino un modo de hacer algo ante el impacto mediático que estaban causando los suicidios de los desahuciados”.

⁵ RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos.

⁶ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social.

⁷ Crítico con esta “denominación” se muestra NÚÑEZ IGLESIAS, Á., “La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria”, *RDCiv.*, n.º.1, 2014, p. 70, quien señala al respecto que “la mentada ley ha sido denominada «Antidesahucios», siendo así que el desahucio es justamente un procedimiento para promover la terminación del *arrendamiento*, generalmente por falta de pago. Aunque lo de «antidesahucios» no es sólo un alias vulgar de la ley, sino una «idea» asumida por el propio legislador que, confundido y arrastrado por la opinión pública del momento, ha denominado, como ella, «desahucio» al *lanzamiento*”. Vid. en igual sentido SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis económica: bases para su reformulación”, *Revista de Derecho Patrimonial* [en adelante *RDPatr.*], n.º.35, 2014, n. 36. Sin perjuicio de las precedentes observaciones críticas y de que el vocablo desahucio debiera reservarse, en rigor, para el ámbito arrendaticio, advierto que en el presente estudio, referido a la ejecución hipotecaria, emplearé de forma indistinta los términos *lanzamiento* y *desahucio*.

⁸ Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

⁹ Recuérdese que la suspensión de los lanzamientos –moratoria *ope legis* duramente criticada por CARRASCO PERERA, Á., “La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* [en adelante *AJA*], n.º.854, 2012,

(objetivas y subjetivas –de especial vulnerabilidad o riesgo de exclusión social–)¹⁰, planes de reestructuración de deudas hipotecarias¹¹, la posibilidad de quitas en el capital pendiente de amortización¹², o la dación en pago de la vivienda habitual¹³

p. 2, pero bendecida por el TC con la inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas contra la misma (Autos TC de 9 septiembre 2014 [RTC 2014\221] y 27 mayo 2014 [RTC 2014\152])– fue originariamente prevista por un plazo de dos años (RD-Ley 6/2012 y art. 1 Ley 1/2013; vid. al respecto, CORDERO LOBATO, E., “La paralización de desahucios hipotecarios”, *Revista CESCO*, nº.4, 2012, pp. 207-210; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El eco de la campanada”, *Aranzadi Civil-Mercantil* [en adelante *AC-M*], nº.9, 2013).

Sin embargo, a fin de reforzar la protección de los deudores hipotecarios, aquel primigenio plazo fue prorrogado hasta *cuatro años* por la Ley 25/2015 (art. 3); ley que asimismo amplió el elenco de colectivos considerados especialmente vulnerables y, eventualmente, beneficiarios de la suspensión. Vid. sobre el tema, al hilo del RD-Ley 1/2015, ZURITA MARTÍN, I., “Reflexiones sobre la ampliación del umbral de exclusión y el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas por medio del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social”, *La Ley*, nº.8520, 2015.

¹⁰ Aunque muchos deudores hipotecarios se han beneficiado de dicha moratoria (Autos AAPP Girona 6 mayo 2015 [JUR 2015\165685] y Cádiz 30 junio 2014 [JUR 2015\127662]), también son numerosas las resoluciones judiciales que, dada la amalgama de rigurosos requisitos exigidos legalmente, deniegan la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual por no encontrarse el deudor dentro de alguno de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos por el art. 1 de la Ley 1/2013 (SS. AAPP Barcelona 14 noviembre 2014 [AC 2014\2307], Girona 22 abril 2015 [JUR 2015\165845] y Baleares 22 julio 2015 [AC 2015\1364]), habiéndose asimismo inadmitido recurso de amparo por tal motivo (Auto TC de 5 mayo 2014 [RTC 2014\129]).

¹¹ El “*Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual*” [en adelante, Código de Buenas Prácticas] –recogido en el Anexo del RD-Ley 6/2012, al que dio nueva redacción la Ley 1/2013 y reformado también por la Ley 25/2015– contempla en su aptdo. 1 una serie de “*Medidas previas a la ejecución hipotecaria*” encaminadas a establecer un plan viable (a medio y largo plazo) de *reestructuración de la deuda*: sobresalen entre dichas medidas –completamente razonables y que el deudor podrá “solicitar y obtener”, siempre que en la ejecución iniciada no se haya llegado al anuncio de la subasta– el otorgamiento de un plazo de carencia (de cinco años) en la amortización de capital, la reducción del tipo de interés durante dicho lapso temporal, una ampliación del plazo de amortización (hasta un total de cuarenta años a contar desde la concesión del préstamo) o la reunificación del conjunto de deudas contraídas por el deudor.

¹² El Código de Buenas Prácticas contempla la quita como una “*Medida Complementaria*” (aptdo. 2), cuya solicitud por el deudor hipotecario (admisible aunque ya se haya anunciado la subasta) procede principalmente cuando es inviable un plan de reestructuración de deudas; solicitud o propuesta por parte del deudor de reducción de su deuda que la entidad acreedora puede aceptar o rechazar.

¹³ A modo de paréntesis, interesa advertir que, como presupuesto *objetivo* para la aplicabilidad del Código de Buenas Prácticas y de las referidas medidas previstas en el mismo y en la Ley 1/2013 –cuyo supuesto de hecho se circunscribe a los créditos o préstamos garantizados con hipoteca sobre la “*vivienda habitual*”, con exclusión de otros inmuebles–, el art. 3 de la citada Ley 1/2013 modificó el art. 21 de la Ley Hipotecaria añadiéndole un nuevo apartado a tenor del cual “*en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la*

–en términos bastante restrictivos y con tan solo relativo grado de éxito en la práctica¹⁴–.

Ante la urgencia, magnitud y crudeza de la situación creada por el azote de la crisis, no cabe duda de las loables intenciones de tales medidas *ex post* pues, aunque opino que hay que ser rigurosos y cerrar el paso sin contemplaciones al que podríamos llamar el «deudor profesional»¹⁵, es innegable que centenares de miles de deudores de buena fe se vieron atrapados por la vorágine crediticia y suscribieron préstamos hipotecarios como consecuencia de una oferta masiva, descontrolada, poco responsable y escasamente transparente¹⁶ –según reconoce abiertamente el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de abril de 2014¹⁷–.

vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución”.

Sobre el concepto de *vivienda habitual* que toman como eje central de su ámbito objetivo de aplicación la Ley 1/2013 (art. 1.1) y el RD-Ley 6/2012 (arts. 2.2 y 3.1), vid. MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria, ¿Puede evitarse la ruina del ejecutado?*, Foro Jurídico, Valencia, 2013, pp. 88 y ss.; y de forma muy pormenorizada, LÓPEZ AZCONA, A., “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* [en adelante *RGLJ*], n.º.1, 2015, pp. 65-68.

¹⁴ La regulación de esta polémica figura de la dación en pago “forzosa” (de aceptación obligatoria por parte de la entidad crediticia) se contiene, como “Medida *sustitutiva* de la ejecución hipotecaria”, en el aptdo. 3 del Código de Buenas Prácticas, conforme al cual “la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda”.

Sin embargo, prevista como último recurso o remedio subsidiario ante una fallida reestructuración de la deuda y la no aceptación de la quita por la entidad acreedora, y ante los exigentes requisitos que la dación en pago reclama, su aplicación se restringe únicamente a un exiguo segmento de deudores hipotecarios –en situación de extrema marginalidad y penuria económica–. Vid. al respecto, p.ej. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª.S., “La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?”, *Revista CESCO*, n.º.4, 2012.

¹⁵ Vid. VIGUER SOLER, P.L., “Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre «segunda oportunidad»: expectativas, luces y sombras”, *La Ley*, n.º.8592, 2015.

¹⁶ Según afirma en tal sentido ALONSO PÉREZ, M.ª.T., “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares)”, *RDCiv.*, n.º.2, 2015, p. 63, entre los orígenes de la comprometida situación por la que atraviesan muchos deudores hipotecarios “debe atenderse a que las entidades acreedoras han tenido cierto grado de responsabilidad porque han observado un comportamiento negligente a la hora de conceder los préstamos, otorgándolos a personas de dudosa solvencia o aceptando como garantía bienes de escaso valor”. También BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* [en adelante *RIEDPA*], n.º.2, 2015, pp. 4-6, 8 y 10 hace hincapié en “el abuso de poder” y las “erráticas políticas de actuación y comercialización que han desarrollado las entidades de crédito” como principal causa de la catastrófica situación económica de

los deudores hipotecarios tras la crisis, resaltando el perjuicio sufrido por estos como consecuencia de las “*infracciones y vulneraciones de la normativa sobre transparencia y protección del consumidor*” por parte de dichas entidades. En la misma línea se pronuncia VALL RIUS, A., “La intermediación en problemáticas hipotecarias”, *Revista Digital MM*, nº.2, 2012, p. 16 que, ante la dimensión que ha cobrado “el drama humano de dejar en la calle a familias enteras” como consecuencia de los lanzamientos hipotecarios, afirma que “los Bancos no pueden desentenderse totalmente de su responsabilidad en estas situaciones, ya que muchas veces ellos mismos *estimularon la contratación de estos créditos hipotecarios con la finalidad de engrosar su cartera de créditos hipotecarios aunque fuese a base de activos tóxicos incobrables y de impulsar la asunción de obligaciones crediticias, que ya de entrada eran claramente desmesuradas y de difícil cumplimiento*”. Vid. igualmente LÓPEZ AZCONA, A., “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios...”, *RGLJ*, nº.1, 2015, p. 41; ZUNZUNEGUI, F., “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* [en adelante *RDBB*], nº.129, 2013, p. 39; ROY PÉREZ, C., “La protección del consumidor en la contratación de productos y servicios bancarios: el crédito hipotecario”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 459-460; VALIÑO, V., “Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”, Observatorio DESC, septiembre 2009 –quien afirma que estas actuaciones, consentidas por los poderes públicos, “fueron el producto de una relación simbiótica entre notarios, tasadores, entidades financieras e inmobiliarias y contienen claros indicios de fraude y estafa generalizada”–; y con detalle sobre las malas prácticas bancarias que estuvieron detrás de la concesión “alegre”, impulsiva y a discreción de muchos créditos hipotecarios durante el *boom* inmobiliario, vid. NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* [en adelante *RCDI*], nº.727, 2011, pp. 2673 y ss.

Con todo, son no pocos los autores para los que no cabe considerar al Banco como el único «culpable», “como el malo de la película, y al cliente como a un disminuido mental al que hay que proteger de sí mismo”: en estos términos se pronuncia LACRUZ MANTECÓN, M.L., “La moderna dación en pago”, *RDCiv.*, nº.3, 2014, p. 99, quien –bajo la gráfica rúbrica de «Hacia una sociedad irresponsable»– matiza la común imputación en exclusiva a los bancos de una política agresiva de concesión de créditos hipotecarios y enjuicia duramente ciertas aseveraciones del Informe del Defensor del Pueblo «*Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*» (entregado a las Cortes Generales el 25 de enero de 2012) en el que puede leerse que “si el deudor firmó un contrato de préstamo hipotecario fue no solamente por el ejercicio de una voluntad de endeudarse, sino porque el mercado inmobiliario y *las condiciones de acceso a los préstamos eran las más laxas de toda la historia*. Tipos de interés reducidos, alargamiento de la vida de los préstamos, concesión del total del valor de tasación en préstamo,...”; palabras de las que se deriva –sostiene LACRUZ– que, paradójicamente, “se está reprochando a los bancos el haber ofrecido dinero en buenas condiciones”. Vid. también en un tono sumamente beligerante, CARRASCO PERERA, Á., “La corte de los milagros...”, *AJA*, nº.854, 2012. Aunque más moderadamente, y refiriéndose en particular a la tasación del inmueble a efectos de la concesión de un préstamo hipotecario, escribe al respecto SERRANO GARCÍA, I., “Soluciones legales en materia de desahucios en España”, *Revista Jurídica del Notariado* [en adelante *RJNot.*], nº.86-87, 2013, pp. 101 y 110 que es cierto que durante mucho tiempo –sobre todo en los años de bonanza económica anteriores a la crisis– tal tasación era realizada por entidades que pertenecían al mismo grupo empresarial que las propias entidades de crédito que concedían el préstamo y que dichas entidades tasaban el inmueble con muy poco rigor,

Así, y en otro orden de cosas, ha de ser bienvenida, por ejemplo, la posibilidad de rescate anticipado o disponibilidad de los planes de pensiones de aquellos titulares de los mismos incursos en un procedimiento de ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual¹⁸. Y particularmente bienintencionadas son, en principio¹⁹, algunas de las medidas introducidas, vía reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰, a resultas del Derecho europeo²¹ y como reacción a los

haciendo subir y sobredimensionando su valoración cuando convenía. Sin embargo –añade el autor–, tampoco cabe ocultar que “muchos de los que ahora denuncian a los Bancos como los causantes de la crisis, solicitaron que se aumentara el valor de tasación para poder obtener un préstamo que les consintiera no sólo adquirir la vivienda hipotecada, sino también los muebles, e incluso el coche que pensaban comprar.... No quiero decir con ello –puntualiza– que los Bancos estén exentos de culpa, pero la culpa en muchos casos, está repartida entre Bancos y clientes. Hay que partir de la base de que en esta materia no hay nadie inocente”. Vid. en la misma línea, BERROCAL, A.I., “La vivienda hipotecada en la actual situación...”, en *Garantías reales en escenarios de crisis...*, 2012, p. 494; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis...”, *RDPatr.*, nº.35, 2014, quien sostiene que “la situación actual de sobreendeudamiento hipotecario es debida a una *corresponsabilidad entre la actuación de las entidades de crédito y de los deudores hipotecarios*”: “las entidades han facilitado de forma imprudente el crédito”, pero “tampoco cabe olvidar la cuota de responsabilidad imputable al deudor, que lo ha aceptado arriesgadamente”.

¹⁷ Dictamen del CESE, relativo a la “Protección del consumidor y el adecuado tratamiento del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social” (DOUE 12 septiembre 2014).

También se refiere a la «irresponsabilidad» en la concesión de préstamos y a los problemas que ello ha generado en el mercado hipotecario la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento 1093/2010 (vid. Considerandos 3º y 4º).

¹⁸ A tal efecto, la Ley 1/2013 y, anteriormente de nuevo, la Ley 25/2015 (Disposición Final 1ª) reformaron el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (Disposición Adicional 7ª).

¹⁹ Dicho sea esto, sin perjuicio de que puedan detectarse algunas deficiencias técnicas en estas nuevas medidas y de que quepa considerar que *las reformas que introducen en el procedimiento de ejecución hipotecaria* no son satisfactorias ni constituyen la mejor solución (SERRANO, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, nº.86-87, 2013, pp. 151-164, en especial pp. 157 y 160) o se entienda que simplemente vinieron a “maquillar” el sistema de ejecución hipotecaria (DÍEZ GARCÍA, H., “Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el art. 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada”, *Derecho Privado y Constitución* [en adelante *DPyC*], nº.28, 2014, p. 211) y que son a todas luces insuficientes (ACHÓN BRUÑEN, Mª.J., “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos”, *La Ley*, nº.8087, 2013) o incluso “de mínimos” (como críticamente apuntan FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales”, *La Ley*, nº.8529, 2015; y PÉREZ HERESA, J., “¿Una Ley definitiva para la protección del deudor hipotecario?”, *El Notario*, nº.49, 2013, p. 4).

²⁰ Vid. concretamente las modificaciones que, con el fin de realizar mejoras en el mercado hipotecario, introdujo la Ley 1/2013 (Capítulo II, art. 3) en la Ley Hipotecaria (arts. 21, 129 y, en especial, art. 114), así como las reformas efectuadas por dicha Ley de 2013

reiterados varapalos que desde el Tribunal de Luxemburgo²² se han venido propinando a nuestra legislación hipotecaria²³; de modo especial, la posibilidad de

(Capítulo III, art. 7) en diversos aspectos de la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria por la LEC 1/2000 (arts. 552, 557, 561, 575 y 579, arts. 647, 654, 668, 670, 671, 682, 691, 693 y, especialmente, art. 695 sobre causas de oposición a la ejecución).

Ulteriores cambios normativos en el procedimiento hipotecario regulado en la LEC llevó a cabo la Ley 19/2015 de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (vid. al respecto, ACHÓN BRUÑEN, M^a.J., “Comentario crítico de las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 19/2015, de 13 de julio”, *La Ley*, n.º 8619, 2015).

²¹ Vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²² Vid. en especial la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415-11 [TJCE 2013/89]); sentencia, comúnmente conocida como «caso Aziz», que ha sido objeto de una gran atención doctrinal: entre otros muchos, por BERROCAL LANZAROT, A.I., “La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala primera, de 14 de marzo de 2013”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º.2, 2013, pp. 213-250; ACHÓN BRUÑEN, M^a.J., “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, *La Ley*, n.º.8065, pp. 1-17; CORDERO LOBATO, E., “Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º.2, 2013, pp. 2015-212; ESTRADA ALONSO, E. FERNÁNDEZ CHACÓN, I., “El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013”, *RCDI*, n.º.737, 2013, pp. 1415-1476; PÉREZ CONESA, C., “Cláusulas abusivas, préstamo hipotecario y legislación interna: su reforma «a remolque» de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *AC-M*, n.º.5, 2015; y MARCOS FRANCISCO, D., “Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección”, *InDret*, n.º.3, 2015, pp. 34-45.

Vid. además, ya con posterioridad a la Ley 1/2013, entre las resoluciones más significativas del TJUE su Sentencia de 17 julio 2014 (TJCE 2014/106) –comentada por CARRASCO PERERA, Á./LYCZKOWSKA, K., “Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 21 julio 2014; PÉREZ DAUDÍ, V., “Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria”, *La Ley*, n.º.8391, 2014, pp. 6-12; DíEZ GARCÍA, H., “Igualdad de armas...”, *DPyC*, n.º.28, 2014, pp. 241-258; y por PÉREZ CONESA, C., “STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14): el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a un sistema de procedimiento de ejecución hipotecaria, como el español, en el que el deudor ejecutado no puede recurrir en apelación contra la resolución que desestima su oposición a la ejecución”, *AC-M*, n.º.8, 2014–; la STJUE de 21 enero 2015 (TJCE 2015/4) –comentada por SABATER BAYLE, E., “Intereses moratorios en contrato de préstamo hipotecario. Cláusula abusiva. Nulidad o moderación judicial”, *AC-M*, n.º.3, 2015; MARCOS FRANCISCO, D., “Consumidores...”, *InDret*, n.º.3, 2015, pp. 31-33; y ACHÓN BRUÑEN, M^a.J., “Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada STJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras”, *La Ley*, n.º.8473, 2015–; y la Sentencia de 29 octubre 2015 (JUR 2015/248737) –comentada por GONZÁLEZ CASSO, J., “Otro puyazo a nuestro legislador. Comentario a la sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015”, *La Ley*, n.º.8670, 2015; y por LYCZKOWSKA, K., “El plazo para oponerse a la ejecución establecido por la Disposición Transitoria 4^a de la Ley 1/2013 se opone a la normativa comunitaria”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 9 noviembre 2015, pp. 1 a 5–. Vid. asimismo, los Autos del TJUE de 5 junio 2014 (TJCE 2014/345), 11 junio 2015 (TJCE 2015/224) y 16 julio 2015

oposición del deudor a la ejecución hipotecaria a través de la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario suscrito (art. 695.1.4º LEC)²⁴. Si tal control judicial de abusividad (sobre todo, de cláusulas suelo)²⁵, de

(TJCE 2015/327) –comentado por RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M., “Los asuntos Sánchez Morcillo: el recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE”, *La Ley*, nº.8613, 2015; y por LYCZKOWSKA, K., “El TJUE confirma que la regulación española actual de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria es conforme al Derecho comunitario”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 28 agosto 2015, pp. 1 a 3–.

²³ Un nuevo revés a nuestra legislación hipotecaria procede del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que, en Dictamen de 17 de junio de 2015, resolvió amonestar a España por un proceso de ejecución hipotecaria en el que la notificación de la demanda no se había realizado, según el Comité, con las debidas garantías y se había vulnerado, en consecuencia, *el derecho a la vivienda* de la actora, establecido en el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Afirmó a este respecto el Dictamen que los Estados parte deben garantizar que las personas cuyo derecho a la vivienda adecuada pudiera ser afectado por desalojos forzados o ejecuciones hipotecarias dispongan de un proceso judicial y unos recursos efectivos y apropiados. Con base a ello, el Comité de la ONU estableció en el presente asunto la obligación del Estado español de proporcionar a la actora una reparación efectiva y de emprender las reformas legislativas oportunas para asegurar la conformidad de nuestro sistema hipotecario con el citado Pacto Internacional (*Diario La Ley*, 30 septiembre 2015).

²⁴ Entre la ingente literatura jurídica sobre el tema, vid. CARRASCO PERERA, Á., “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2013; CORDERO LOBATO, E., “Y ahora viene lo difícil: ¿Cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?”, *Revista CESCO*, nº.5, 2013, pp. 32 y ss.; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, *Revista General de Derecho Procesal* [en adelante *RGDProc.*], nº.35, 2015; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Barcelona, Bosch, 2013; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 279 y ss.; SENÉS MOTILLA, C., “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, en *La protección del deudor hipotecario Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, Comares, 2014; ANTA GONZÁLEZ, J.F., “Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *La Ley*, nº.8237, 2014; LAFUENTE TORRALBA, A.J., “El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal”, en *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 219-255; y “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente”, *RDCiv.*, nº.2, 2015, pp. 181-205.

²⁵ Vid. p.ej. BARRAL VIÑALS, I., “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, *Revista de Derecho Privado* [en adelante *RDP*], nº.2, 2015, pp. 25-70; LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, nº.3, 2013; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, en *Cláusulas suelo: ¿Se puede negociar con el banco?*, Cizur Menor,

vencimiento anticipado²⁶ o de intereses de demora²⁷)²⁸ juega un papel determinante en un elevado porcentaje de los procesos de desahucio hipotecario, tampoco cabe ignorar, no obstante, que, según datos del VI Informe emitido el 23 de octubre de 2015 por la Comisión de Control y Seguimiento del Código de Buenas Prácticas²⁹, desde que éste se pusiera en marcha en 2012³⁰ más de veinte mil familias

Aranzadi, 2014, pp. 13-40; MORENO GARCÍA, L., *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 192-197.

²⁶ Vid. sobre el particular, p.ej. LYCZKOWSKA, K., “¿Quedan todavía cláusulas de vencimiento anticipado no abusivas?”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 25 noviembre 2015, pp. 1-4.

²⁷ Vid. al respecto, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M.J., “Los intereses moratorios abusivos e intereses moratorios ilegales en la Ley 1/2013”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 11 octubre 2013, pp. 1-11; MIRALBELL GUERIN, L.M., “El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas”, *La Ley*, nº.8214, 2013; BALLUGERA GÓMEZ, C., “Tope máximo de intereses de demora”, *RDCiv.*, nº.1, 2014, pp. 103-120.

²⁸ Vid. ALONSO PÉREZ, M^a.T., “Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados (en particular, su posible carácter abusivo)”, en *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

²⁹ Este informe se puede consultar en http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/VI_Informe_cumplimiento_CBP.pdf.

Téngase en cuenta que el pasado 27 de enero de 2016 se abrió una nueva sección en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad dedicada al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.32ac44f94b634f76faf2b910026041a0/?vgnextoid=d43ad0d172ff7310VgnVCM1000001d04140aRCRD>). En esta nueva sección están publicados los informes semestrales de la Comisión de Control sobre el cumplimiento de dicho Código de Buenas Prácticas (art. 6.4 RD-Ley 6/2012). Asimismo, se incluye información sobre las entidades adheridas, los requisitos que se deben cumplir para pedir la aplicación del citado Código a una deuda hipotecaria, el procedimiento a seguir para presentar una reclamación por incumplimiento del Código de Buenas Prácticas, así como un compendio de las consultas más frecuentes relacionadas con el mismo. Vid. al respecto, AGÜERO ORTIZ, A., “Nueva Sección dedicada al Código de Buenas Prácticas Bancarias en la Web del Ministerio de Economía y Competitividad”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 18 febrero 2016, pp. 1-4.

³⁰ Recuérdese que, conforme al párr. 1 del 5 del RD-Ley 6/2012, “el Código de Buenas Prácticas incluido en el Anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios” (vid. el amplísimo elenco de entidades adheridas, en la Resolución de 23 de octubre de 2015, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, en la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas, actualizada al tercer trimestre de 2015). Ahora bien, según dispone el párr. 4 de ese mismo art. 5 RD-Ley 6/2012, “desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas”. Además, y aun cuando el párr. 7 de dicho art. 5 establece expresamente que “el contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-ley”, a renglón seguido matiza el párr. 8 que “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo”.

hipotecadas y en apuros se han beneficiado de las medidas en él previstas³¹: concretamente, de un total de 23.640 operaciones, se ha efectuado una reestructuración de la deuda pendiente en 18.620 casos, se ha procedido a una dación en pago de la vivienda con la extinción de la deuda en 5.014 y en 6 ocasiones se ha efectuado una quita³².

Con todo, y sin perjuicio de lo dicho, no pocas de las aludidas reformas implantadas en pleno escenario de la crisis –e introducidas mediante un constante goteo normativo, desordenado, fragmentario e inconexo³³– se han hecho a tropicicones, de forma apresurada y poco meditada³⁴, para “parchar” a *posteriori* errores,

La interpretación coordinada de las precedentes normas permite afirmar, por un lado, que la aplicabilidad del Código de Buenas Prácticas está condicionada a que las entidades acreedoras manifiesten su voluntad de regirse por él mediante su adhesión al mismo; presupuesto de la *voluntariedad* que no es óbice para que, una vez que las partes hayan optado por someterse a la aplicación del Código (la entidad mediante su adhesión, y el deudor solicitando alguna de las medidas en él previstas), éstas tengan eficacia *obligatoria* –lo que ha llevado a hablar de “negociaciones semi-forzosas” enmarcadas en un *Código voluntario* (NASARRE AZNAR, S./SIMÓN MORENO, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014”, *RDBB*, nº.139, 2015, p. 12)–. Por otro lado, y si bien el Código de Buenas Prácticas no debe aplicarse a más casos que aquellos para los que está previsto, existe la posibilidad de ir más allá –de aplicar las medidas de dicho Código a supuestos y sujetos distintos de los estrictamente contemplados– si concurre en tal sentido la voluntad del acreedor hipotecario. Vid. sobre estas cuestiones vinculadas a la naturaleza y eficacia del Código de Buenas Prácticas, por ej. ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El Código de Buenas Prácticas...”, *RDCiv.*, nº.2, 2015, pp. 34-38, 46-48; VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., “El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”, en *Códigos de Conducta y préstamos hipotecarios*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 61; y SERRANO, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, nº.86-87, 2013, pp. 169-170, quien pone de relieve que “a las entidades bancarias les interesa muy mucho aplicar estas prácticas que se califican de «buenas», porque, para ellas es mejor cobrar a más largo plazo, que tener que ejecutar el crédito”.

³¹ Además de haberse suspendido 17.551 lanzamientos.

³² De este último Informe de 2015 y de los previamente emitidos por dicha Comisión de Control en años anteriores –informes de 2012, 2013 y 2014, disponibles todos ellos en la página web del MINECO (www.mineco.gob.es/stfls/mineco/prensa/ficheros/noticias)–, se desprende que, en la práctica, en torno al 65 o 70% de las solicitudes a las que se aplica el Código de Buenas Prácticas se resuelven con una reestructuración de la deuda, de un 24 a un 33% se zanjan con la dación en pago y la quita apenas se aplica.

³³ ALCALÁ DÍAZ, M^a.Á., “La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor”, *La Notaría*, nº.2, 2013, p. 7; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis...”, *RDPatr.*, nº.35, 2014 critican que, en lugar de haberse abordado una reforma integral de la normativa sustantiva y procesal reguladora de los créditos hipotecarios –como habría sido deseable–, las numerosas intervenciones legislativas, a veces con pocos meses de distancia entre unas y otras, se hayan realizado de forma prácticamente superpuesta y por completo “descoordinada”.

³⁴ También LÓPEZ AZCONA, A., “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios...”, *RGLJ*, nº.1, 2015, pp. 30 y 68 opina que la elaboración de estas normas se realizó con excesiva “premura”, de modo “precipitado” e “improvisado”. De “soluciones improvisadas” habla igualmente BASTANTE GRANELL, V., “Mediación

deficiencias y vacíos legales preexistentes; todo lo cual puede llegar a distorsionar principios fundamentales de nuestro ordenamiento iusprivatista³⁵, a poner en jaque ciertos postulados generales clásicos del Derecho de la contratación y del pago de las obligaciones, a desdibujar la fisonomía estructural propia de la garantía real hipotecaria y de su realización³⁶ y, a la postre, a generar una confusión e inseguridad jurídica considerables³⁷.

hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, p. 183.

³⁵ En esta misma línea, SERRANO GARCÍA, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, nº.86-87, 2013, pp. 97, 102-104 y 106 se ocupa detenidamente de desgranar los pilares y principios del Derecho civil patrimonial (tanto en materia de Derecho de Obligaciones, como de Derechos Reales) que han sido violentados o gravemente subvertidos por tales reformas legales –a las que llega a calificar de “esquizofrenia legislativa” (p. 151, n.42)–. “Debemos tener sumo cuidado –afirma– con estos experimentos que cuestionan principios generales del Derecho e instituciones muy antiguas e instaladas en el comercio jurídico desde la noche de los tiempos. Intentar solucionar problemas económicos (con consecuencias sociales) modificando normas jurídicas civiles, no me parece la solución más adecuada”.

³⁶ También alerta de esos peligros ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El Código de Buenas Prácticas...”, *RDCiv.*, nº.2, 2015, p. 62 cuando escribe que el Código de Buenas Prácticas “está regulando una situación de sobreendeudamiento caracterizada porque la deuda que provoca esa situación está garantizada por hipoteca. Y creo que se debe ser *muy prudente*, ya que cualquier modificación normativa en este ámbito puede suponer una reducción de la eficacia del mecanismo más fuerte de que disponemos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. La hipoteca es fuente de riqueza, ofrece la posibilidad al ciudadano de clase media de acceder a la propiedad de su vivienda o de emprender un negocio; debilitar jurídicamente su eficacia para ofrecer al deudor-consumidor un beneficio en una concreta y puntual coyuntura económica, puede suponer graves costes, ya no sólo para los particulares, sino para la economía del país”. Vid. en la misma línea SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis...”, *RDPatr.*, nº.35, 2014; y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., “Debate global con un claro análisis coste-beneficio”, *Escritura Pública*, nº.12, 2013.

Como también críticamente señala en la presentación de su monografía CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca. Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, “con un complejo y atiborrado panorama normativo nacional en el que dudosamente parece regir el imperio de la ley, los órganos judiciales patrios en titubeante dispersión de criterios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea convertido en un sobresaltado legislador –también procesal– civil español, los ojos de Europa expectantes ante el hundimiento de un sistema inveteradamente intocable de aseguramiento crediticio, y hasta la ONU denunciando a España por incumplimiento de las leyes internacionales sobre el derecho a la vivienda, la situación resulta, a todas luces, cuanto menos *inquietante*”. Inquietante al tiempo que “perturbadora” pues “asistimos, sin duda, *al deceso de la garantía real más genuina* de entre las destinadas a la obtención de un préstamo por parte de un consumidor”; garantía hipotecaria “en crepuscular irreversible decadencia, interpretando un guión ya caduco y resistiendo los embates de un tirano director y los vituperios de una grada insatisfecha y enojada”.

³⁷ Como ya en relación con las propuestas de reforma afirmara GARCÍA CRESPO, J.M., “Mercado hipotecario y seguridad jurídica”, *La Ley*, nº.7661, 2011, resulta preocupante que las mismas se estén efectuando, no solo “con ostentación de un manifiesto desconocimiento de la materia hipotecaria a la que afectan, sino *con épico desprecio al principio de seguridad jurídica*”.

A mi juicio, desde el punto de vista de las soluciones ofrecidas por el Derecho Privado, el punto de mira ha de dirigirse, primordialmente, a los mecanismos de *prevención* del sobreendeudamiento del consumidor de crédito: *ex ante* es cuando deben reforzarse los deberes de información al consumidor (tanto en el *iter* contractual como en la fase publicitaria y precontractual³⁸); *ex ante* es cuando deben imponerse con rigor deberes de transparencia bancaria a las entidades crediticias³⁹ o articularse test de solvencia del consumidor para evaluar, con carácter previo a la contratación, su capacidad de pago y concederle o no el crédito⁴⁰; pluralidad de garantías en favor del prestatario⁴¹ que hoy prevé ya la Directiva 17/2014⁴², sobre

³⁸ Vid. p.ej. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios”, en *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 59-122.

³⁹ Con detalle sobre las normas de transparencia bancaria aplicables a los créditos hipotecarios, vid. entre otros, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “La protección del consumidor en la contratación bancaria”, en *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 423 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., “Operaciones y contratos bancarios”, en *Derecho Mercantil*, Vol.7º, dir. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J./DÍAZ MORENO, A., Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 63 y ss.; ÁLVAREZ OLALLA, Mª.P., “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”, *AC-M*, nº.10, 2012, pp. 23 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A.I., “La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica”, *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº.58, 2012, pp. 13 y ss.; y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *Revista CESCO*, nº.5, 2013, pp. 81 y ss.

En el mismo ámbito de los préstamos hipotecarios, se manifiesta firmemente defensora de la eficacia directa *inter privatos* de la normativa de transparencia bancaria, BARRAL VIÑALS, I., “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?...”, *RDP*, nº.2, 2015, pp. 25-70, en especial pp. 46-48.

⁴⁰ Ya el Informe del Defensor del Pueblo sobre «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo» –tanto en su versión de 25 de enero de 2012 (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-01-Crisis-económica-y-deudores-hipotecarios-actuaciones-y-propuestas-del-Defensor-del-Pueblo.pdf>) como en su actualización a 9 de abril de 2013 (https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/historico/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/informe_deudores_hi_potecarios.pdf)– subraya que “la banca debería siempre evaluar la capacidad de endeudamiento del cliente y abstenerse de ofrecer préstamos por encima de la capacidad de reembolso”.

Acerca de la normativa que, en desarrollo del llamado principio de *préstamo responsable*, establece el deber de evaluación de la solvencia de los clientes de las entidades de crédito, vid. p.ej. CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº.20, 2013, pp. 161 y ss.; DE LA PEÑA, L./LÓPEZ-FRÍAS, J., “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”, *RDBB*, nº.130, 2013, pp. 47 y ss.; GARCÍA RUBIO, Mª.P., “La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario”, *La Ley-Unión Europea*, nº.16, 2014, pp. 49 y ss.; y ÁLVAREZ LATA, N., “Notas a la STJUE de 18 de diciembre 2014. Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE”, *Revista CESCO*, nº.13, 2015, pp. 245-256.

⁴¹ Medidas que, no obstante, ha de reconocerse que favorecen también –y tanto o más que al consumidor– al propio prestamista. Vid. en este sentido, AGÜERO ORTIZ, A., “Comentario e interpretación de la nueva Directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una

los Contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁴³.

Sin embargo, nuestro legislador y nuestros gobernantes, ni con partidos conservadores ni con otros más progresistas, se preocuparon suficientemente en su

Directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, julio 2014, pp. 1-30.

⁴² Para un estudio de dicha normativa en esta Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, vid. entre otros, RAMOS HERRANZ, I., “Directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles”, *Revista de Derecho de los Negocios*, n.º 248, 2011, pp. 27 y ss.; CATENA REAL, R., “La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios”, *La Ley*, n.º 8402, 2014; GÓMEZ LOZANO, M.ª M., “Las medidas de protección del consumidor en la fase previa de contratación de préstamos hipotecarios: de la normativa española a la comunitaria”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 391 y ss.; y NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE...”, *RDBB*, n.º 139, 2015, pp. 16-21 y 53, para quienes la Directiva 2014/17 aborda “de manera «descafeinada» cuestiones clave como la ejecución hipotecaria, las medidas de prevención del sinhogarismo, la dación en pago, el derecho inherente al prepago por el deudor o no aclarando la prohibición de concesión de préstamos hipotecarios a aquellos que no los puedan repagar”. En relación con la Propuesta de 31 de marzo de 2011 de dicha Directiva, vid. LAUROBA LACASA, E., “La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 117-132; MONDÉJAR PEÑA, M.I., “La protección de los deudores hipotecarios frente a las ejecuciones hipotecarias de viviendas en tiempos de crisis”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 580-581; y ROY PÉREZ, C., “La protección del consumidor en la contratación de productos y servicios bancarios...”, en *Garantías reales en escenarios de crisis...*, 2012, pp. 464-468.

Un análisis particular de la repercusión de la Directiva 2014/17 sobre la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (desarrollada por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia en los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos) –en especial, respecto a la proyección de este régimen en la órbita del contrato de préstamo hipotecario– puede verse en CASADO NAVARRO, A., “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, *La Ley*, n.º 8636, 2015.

⁴³ También ha incorporado todo ese elenco de obligaciones de transparencia, información contractual y previa al contrato, publicidad, deber de evaluación de la solvencia del prestatario, fortalecimiento del rol notarial, etc. el Código catalán de Consumo (Ley 22/2010, de 20 de julio) en los nuevos artículos 261-1 a 263-2, introducidos por la Ley 20/2014 –Ley que, a modo de avanzada en Cataluña, “implementa” en buena parte las orientaciones de la Directiva 17/2014 (vid. un estudio pormenorizado de la citada Ley catalana 20/2014 en NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda...”, *RDBB*, n.º 139, 2015, pp. 25 a 46)–. Sin embargo, por Providencia de 6 de octubre de 2015 (JUR 2015/239027), el TC suspendió la vigencia y aplicación de tales preceptos (ex art. 161.2 CE), con efectos desde la fecha de interposición del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los mismos (30 de septiembre de 2015).

Asimismo regula específicamente la protección de los consumidores mediante la transparencia en la contratación hipotecaria la Ley 1/2012, de 26 de marzo, de la Comunidad de Madrid.

momento de controlar y prevenir los excesos cometidos durante el anterior periodo de expansión crediticia ni pusieron la debida atención en esos mecanismos preventivos del sobreendeudamiento; y fue luego –cuando podríamos decir, en términos un tanto pedestres, que ya era tarde y que “a lo hecho, pecho”– cuando trataron de buscar remedios (o *remiendos*) a la acuciante y dramática situación creada, a través de las antes mencionadas medidas *ex post*⁴⁴ –dictadas, a veces, por vía de urgencia y a golpe de Real Decreto⁴⁵–.

Pienso, en definitiva, que en el delicado entramado de intereses jurídicos contrapuestos que plantean las ejecuciones hipotecarias, se percibe una cierta politización del tema –donde parecieran contar más los votos que las garantías–. Pienso que, en el afán de proteger al deudor frente al desahucio de la vivienda

⁴⁴ En sentido crítico con la pretendida eficiencia de estas medidas *ex post*, vid. también BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria...”, *RIEDPA*, nº.2, 2015, pp. 10-12; BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, p. 184; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., “Ejecuciones hipotecarias...”, *RDCiv.*, nº.3, 2014, pp. 111-118; MOLLAR Y PIQUER, M^a.P./VILAR GONZÁLEZ, S., “El consumidor frente a la ejecución hipotecaria”, *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº.46, 2013; RODRÍGUEZ PRIETO, F., “La nueva ley de protección de los deudores hipotecarios: poco más (y de lo mismo)”, *¿Hay Derecho?*, 13 mayo 2013; y ZURITA, I., “Reflexiones sobre la ampliación del umbral de exclusión y el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas...”, *La Ley*, nº.8520, 2015; autora para la que las referidas medidas encaminadas a conseguir el descenso del número de ejecuciones hipotecarias no parecen haber tenido el éxito esperado y resultan poco adecuadas para acabar con los lanzamientos de su vivienda de las familias sobreendeudadas como consecuencia de una crisis económica sin precedentes.

Asimismo SERRANO GARCÍA, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, nº.86-87, 2013, p. 97 ha señalado que “*vanamente* se pretende resolver (o aliviar) la situación de los deudores con una serie de medidas jurídicas, que pueden mejorar levemente su situación, pero nunca remediarla”.

Muy acertadamente, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis...”, *RDPatr.*, nº.35, 2014 analiza con espíritu crítico las «soluciones» legislativas adoptadas tendentes a proteger «hipotéticamente» al deudor hipotecario, subrayando lo inadecuado de tomar “medidas una vez que la crisis ha estallado y se hecho pública. Hubiera sido necesario –afirma– que los poderes públicos adoptaran, en su momento, *medidas anticipativas* que hubieran permitido paliar sus consecuencias, lo que advierte de la falta de conciencia en torno a la profundidad y trascendencia de la situación que venimos padeciendo”. Habría sido de crucial importancia articular antes de la crisis “medidas tendentes a *evitar* estas situaciones, intentando fomentar un «endeudamiento responsable» a través, entre otras cosas, de la concesión de «créditos responsables»“.

⁴⁵ Dentro de ese trasiego normativo, cabe recordar, primeramente, el RD-Ley 8/2011, de 7 de julio, de Medidas de Apoyo a los Deudores Hipotecarios –Real Decreto calificado como una “reforma demagógica” y duramente criticado por CARRASCO PERERA, Á., “Tipo para subastas hipotecarias, rehabilitaciones, declaraciones de obra nueva y otras regulaciones inmobiliarias en el RD-Ley 8/2011”, *La Ley*, nº.7698, 2011–. Menos de un año después, llegó el RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos; seguidamente el RD-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de Medidas Urgentes para reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios; y ya con posterioridad, el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de Mecanismo de Segunda Oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

habitual, se ha dictado no poca legislación *demagógica*; rasgo éste que, como luego tendré la oportunidad de exponer, sobresale en buena medida en el fomento extremo de la cultura de la “negociación” y del “diálogo”⁴⁶ y la huida de la jurisdicción.

2. Medidas de orden público y social paliativas del «sinhogarismo»

Continuando con el discurso anterior, y aunque acaso pueda sonar políticamente incorrecto expresarlo en términos tan rotundos, creo que en el Estado (Social) de Derecho la política no se puede hacer a costa de la legalidad. Dicho de otro modo, la justicia social no debe hacerse a costa del Estado de Derecho, porque sacrificar los fundamentos de éste y de su legalidad puede abrir las puertas a injusticias radicales. En el Estado de naturaleza siempre gana el fuerte, y no hace falta ser un *hobbesiano* convencido para comprenderlo. En el Estado de Derecho también gana el fuerte muchas veces. Pero no es enmendando la plana a la legalidad como podremos defender al débil, sino modificando los efectos (perversos) de aquélla cuando sea posible. Y en el caso que nos ocupa lo es.

En efecto, nos puede parecer de profunda injusticia social y humana –y lo es– que muchas familias, sobreendeudadas e imposibilitadas por la coyuntura económica para afrontar sus deudas hipotecarias⁴⁷, sean desahuciadas de su vivienda. Pero, ante eso, para suavizar y remover las nefastas y devastadoras consecuencias de la crisis –que muestra en los lanzamientos hipotecarios su cara más cruel–, para corregir los perniciosos e indeseables desequilibrios que origina la economía de mercado, póngase en marcha la *actividad pública* propia de un Estado Social⁴⁸, bríndense ayudas sociales y articúlense medidas públicas⁴⁹.

⁴⁶ En expresión de ANTONIAZZI, C., “Consideraciones acerca de la mediación ante la crisis económico-social actual”, *RGDProc.*, nº.17, 2009.

⁴⁷ Como con carácter general ha escrito ROJO FERNANDEZ-RÍO, Á.J., “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 754, “el deudor hipotecario está siempre al filo de la navaja”, de modo que “cualquier modificación de su capacidad financiera afecta sin duda a los pagos debidos”.

⁴⁸ Vid. la Exposición Motivos de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003 de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; preámbulo en el que puede leerse que “la precariedad económica, laboral y social por la que atraviesan miles de familias obliga a poner en máxima tensión todos los mecanismos propios de un Estado social de Derecho, que, por definición, está llamado a corregir los desequilibrios que origina la economía de mercado. Uno de los ámbitos en los que se hace más evidente la necesidad de desplegar una actividad pública correctora es precisamente el de la vivienda”.

⁴⁹ También DÍEZ GARCÍA, H., “Igualdad de armas y tutela judicial...”, *DPyC*, nº.28, 2014, p. 206 ha apuntado que al grave problema social de vivienda de aquellos que se han visto despojados de ella tras un proceso de ejecución hipotecaria, *deben “hacer frente los poderes públicos con fondos públicos en cumplimiento del art. 47 CE”*.

No en vano, y sin perjuicio de los incipientes y tímidos síntomas de recuperación económica⁵⁰, desde esta perspectiva –pública– las Administraciones y el legislador (tanto estatal como autonómicos) han dispuesto toda una batería de medidas que se traducen principalmente, de una parte, en el otorgamiento de prestaciones económicas (“de urgencia social”) destinadas a evitar la llamada “exclusión social residencial”⁵¹ o el comúnmente denominado «*sinhogarismo*»⁵²; y, de otro lado, en la adjudicación de viviendas a través de bolsas de alquiler social⁵³ y del Fondo Social de Viviendas⁵⁴ –mediante el cual se han adjudicado 4.000 viviendas desde el año

⁵⁰ Por lo que concierne a nuestro estudio, y según datos del Consejo General del Poder Judicial, los desahucios de inmuebles (no sólo de viviendas) descendieron un 1,5% interanual en el tercer trimestre de 2015 y, en concreto, las ejecuciones hipotecarias iniciadas entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2015 fueron un 12,1% menos que en el mismo periodo del año anterior, lo que sitúa este tipo de procedimientos en su nivel más bajo desde el mismo trimestre de 2008 (*Diario de Noticias La Ley*, 11-12-2015).

⁵¹ Entre otras normas autonómicas, contemplan este tipo de prestaciones económicas extraordinarias, por ejemplo la Ley 3/2015, de 18 junio, de Vivienda del País Vasco; la Resolución TES/7/2016, de 4 de enero, de la Agencia de la Vivienda de Cataluña, que establece las condiciones de acceso a las prestaciones económicas de especial urgencia para afrontar situaciones de emergencia en el ámbito de la vivienda, y el procedimiento para su concesión; o el Decreto-ley 2/2013, de 21 de noviembre, de Castilla y León, por el que se adoptan medidas extraordinarias de apoyo a las personas y familias afectadas por la crisis en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social [arts. 1.2, b), 3.1.d), 4 y 5], complementado por la Circular de 7 de julio 2014, relativa a la gestión de la prestación extraordinaria frente a situaciones de deuda hipotecaria establecida en dicho Decreto-ley 2/2013.

En nuestro ámbito territorial provincial, vid. la Ordenanza de 30 enero 2014 de la Diputación Provincial de León, reguladora de la prestación económica destinada a la atención de necesidades básicas de subsistencia en situaciones de urgencia social (LEG 2014\183) –Ordenanza leonesa sustancialmente igual a la dictada, con idéntico nombre, por la Diputación Provincial de Soria con fecha 2 de enero de 2014 (LEG 2014\69)–.

⁵² Cfr. al respecto, con carácter general, la *Estrategia Nacional Integral para personas sin hogar 2015-2020* (<http://www.mssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/docs/ENIPSH.pdf>) y su análisis pormenorizado por AGÜERO ORTIZ, A., “«Sinhogarismo»: Estrategia Nacional Integral para personas sin hogar 2015-2020”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2015, pp. 1-14.

⁵³ A nivel autonómico, prevén la puesta a disposición de una vivienda o alojamiento, en régimen de *alquiler social*, por ejemplo la Ley 3/2015, de 18 junio, de Vivienda del País Vasco; la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia [art. 63.e)]; la Orden 6/2015, de 19 de mayo, de La Rioja, que modifica la Orden 2/2013 de la Consejería de Obras Públicas, Política Local y Territorial, por la que se regula la ayuda del programa de arrendamientos especiales; o el Servicio Integral de Apoyo a Familias en Riesgo de Desahucio de Castilla y León (Decreto 58/2014, de 11 de diciembre).

Tras su crítica a las medidas jurídico-privadas adoptadas por el Gobierno y el Parlamento ante la recesión económica y la multiplicación de las ejecuciones hipotecarias y los lanzamientos, SERRANO GARCÍA, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, n.º.86-87, 2013, pp. 104, 184-185 afirma que “habiendo, como hay, más de un millón de pisos vacíos... debería haberse puesto más *el acento en los alquileres sociales y a través de esta figura resolver el problema de la falta de vivienda*” sin tocar principios e instituciones civiles clásicas.

⁵⁴ Modificada posteriormente por la Ley 9/2015 (Disposición Final 4ª), fue la Ley 1/2013 la que estableció en su Disposición Adicional primera la constitución del mencionado *Fondo*

2012 hasta ahora, según datos del ya citado Informe de 23 de octubre de 2015 de la Comisión de Control del Código de Buenas Prácticas⁵⁵—.

Incluso se ha llegado a prever la “expropiación” forzosa de viviendas desocupadas o vacías de las que hayan sido adjudicatarios los bancos en el remate de la ejecución hipotecaria. Esta medida extrema —aun contemplada como expropiatoria no de la plena propiedad, sino del derecho de uso, quedando la entidad bancaria como nudo propietario, y aun limitada temporalmente, a efectos de “la cobertura de la necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social”— ha sido, no obstante, declarada inconstitucional respecto de la normativa andaluza⁵⁶; y ha sido igualmente recurrida ante el TC en su regulación por las respectivas leyes de la vivienda de Navarra⁵⁷ y de Canarias⁵⁸ —con suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados⁵⁹—, por lo que, seguramente, la misma suerte vaya a correr la exorbitante declaración de interés social que a los citados efectos expropiatorios contempla la más reciente Ley de Vivienda del País Vasco de junio de 2015⁶⁰.

Social de Viviendas, propiedad de las entidades de crédito, destinado a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago del préstamo hipotecario cuando concurren en ellas las circunstancias de vulnerabilidad previstas en la propia norma, facilitándoles el acceso a contratos de arrendamientos con rentas asumibles en función de los ingresos que perciben.

⁵⁵ Con todo, se ha denunciado por no pocos autores la inadecuada e insuficiente política e infraestructura de vivienda social en España y que nuestro Fondo Social de Viviendas se revela manifiestamente escaso, al menos comparativamente con el de otros países de la Unión Europea (ZURITA, I., “Reflexiones sobre la ampliación del umbral de exclusión...”, *La Ley*, nº.8520, 2015; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., “Ejecuciones hipotecarias...”, *RDCiv.*, nº.3, 2014, p. 118; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis...”, *RDPatr.*, nº.35, 2014).

⁵⁶ La Sentencia del Pleno del TC de 14 mayo 2015 (RTC 2015/93) estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 1 y la Disposición Adicional 2ª del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de Medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, de la Junta de Andalucía [artículo 1 de dicho Decreto-ley que había dado nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía].

⁵⁷ Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de Medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (que añade una Disposición Adicional 10ª a la Ley Foral 10/2010, de 10 mayo, del derecho a la vivienda en Navarra).

⁵⁸ Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003 de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda.

⁵⁹ Por Providencia de 5 de noviembre de 2013, el TC admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra la antes citada Ley navarra de 2013 y suspendió la vigencia de los artículos recurridos con efectos desde 14 de octubre de 2013; suspensión cuyo mantenimiento fue acordado por el Auto del TC de 10 marzo 2014 (RTC 2014/69 AUTO).

También en cuanto a la normativa canaria, el Pleno del TC —mediante Providencia de 14 abril 2015 (JUR 2015/106011)— admitió a trámite el recurso contra la mentada Ley 2/2014 y suspendió la vigencia de tal medida expropiatoria desde el 27 de marzo de 2015.

⁶⁰ Arts. 74 y 75 de la Ley 3/2015, de 18 junio, de Vivienda del País Vasco.

II. LA «MODA» DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LOS LITIGIOS DE CONSUMO: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE SUS LUCES Y SOMBRAS A PROPÓSITO DE SU PROYECCIÓN PARTICULAR A LOS DESAHUCIOS HIPOTECARIOS

Desde las premisas que sintéticamente hemos expuesto, es ahora momento de atender en particular –como asunto nuclear del presente estudio– a la potencial operatividad que, como complemento de las antes aludidas medidas privadas y públicas establecidas por nuestro legislador para atajar los sangrantes efectos de la crisis en los deudores hipotecarios sobreendeudados, pudieran tener ante esta coyuntura los llamados mecanismos “alternativos” de resolución de litigios.

Está de moda, ciertamente, hablar de mediación, de negociación, de arbitraje, de los sistemas ADR⁶¹ en general. Y de ello me voy a ocupar brevemente aquí –siquiera a efectos introductorios del ulterior análisis de su eventual juego en sede de lanzamientos hipotecarios–, no por “oportunismo”, sino por una serie de razones objetivas que avalan la oportunidad de hacerlo.

En primer lugar, la realidad cotidiana del día a día así lo impone. No cabe negar, por ejemplo, la importancia del arbitraje como vía para resolver conflictos de alcance internacional con gran complejidad técnica, ni la contrastada y ya dilatada eficiencia de la mediación en determinados ámbitos como, señaladamente, la mediación familiar.

En segundo lugar, y conforme al signo de los tiempos, no puede desdeñarse que incluso desde las propias esferas judiciales se propicia el empleo de esos mecanismos alternativos⁶². Y he ahí las experiencias fruto de las reiteradas

En fechas aún más cercanas, también el art. 7 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de Medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña, regula “*la cesión obligatoria de viviendas*” por un periodo de tres años. Las dudas de inconstitucionalidad de esta medida han dado ya lugar a un Acuerdo adoptado por la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado (Resolución PRE/2682/2015, de 16 de noviembre). Y sobre esa base, algún autor ha pronosticado la más que previsible, y a su juicio fundada, impugnación ante el TC de tal cesión obligatoria de viviendas (vid. MARTÍN FABÁ, J.M^a., “Nuevas medidas contra el sobreendeudamiento del consumidor en la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 15 octubre 2015, pp. 8-9, 12-14).

⁶¹ Como es sabido, ADR es la sigla del acrónimo en idioma Inglés «*Alternative Dispute Resolution*», traducido al castellano como Resolución Alternativa de Conflictos.

⁶² Ilustrativo es al respecto el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Barcelona de 26 enero 2015 (AC 2015\378), que sanciona a una de las partes por no acudir a la mediación, al entender que existe mala fe procesal, concretada en un abuso del proceso. Este abuso del proceso se constata, según dicho Auto, cuando –como en el caso del que deriva el incidente resuelto (una reclamación de cantidad ventilada en un juicio verbal en el que se reclamaba el valor de la sustitución de un vehículo al perjudicado en un accidente de tráfico)– existen compañías que mantienen litigios de escasísima cuantía

propuestas y los planteamientos estratégicos del Ministerio de Justicia y del Consejo General del Poder Judicial⁶³ a fin de impulsar programas de mediación vinculados a los juzgados (una suerte de mediación *intrajudicial*⁶⁴), así como la confesada

(nótese que la cuantía del pleito principal era de 402,75 €) y que “*tienen a su alcance otros medios de realizar el valor de lo justo en cada caso concreto, mucho más barato, mucho más rápido y menos gravoso para las arcas públicas, como puede ser la mediación, cuyo uso ni siquiera intentan*”. El Juzgado insiste en que ante la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, al tiempo que se respetan “los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica”, *resulta sancionable no acudir a otros métodos, como la mediación, cuando existe una “desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta*, existiendo alternativas que no comprometen recursos públicos, que no perjudican los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy en día colapsan los Tribunales”. Finalmente, apunta el citado Auto que “ciertamente acudir a la mediación o a otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos no es obligatorio en España, como sí lo es en Italia para casos como el presente, pero el proceder con rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la causa pública y actúen consecuentemente”.

En su elogioso comentario a dicha resolución judicial, MERELLES PÉREZ, M., “Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación”, *La Ley*, nº.8490, 2015 destaca que la misma representa “la punta de lanza de la apuesta definitiva por los métodos alternativos para la gestión de los conflictos frente a la contienda judicial”. Dicho Auto –afirma–, sin atentar contra el art. 24 CE o contra el principio de voluntariedad de la mediación, revela que ésta “es una eficaz herramienta para la contención del coste social que implica la puesta en funcionamiento de la maquinaria judicial. La necesidad de optimizar los recursos públicos, la proporcionalidad entre los medios utilizados y los intereses particulares, así como la necesaria concienciación social para acudir a la mediación, justifican que sea sancionable acudir al proceso judicial sin intentar la mediación, por suponer un abuso y un ejercicio antisocial del derecho”.

Similares opiniones vierte el citado autor en su comentario al Auto de 11 de noviembre de 2015 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Granada: vid. MERELLES PÉREZ, M., “La mediación como requisito previo de admisión de la demanda”, *La Ley*, nº.8682, 15 enero 2016.

⁶³ A título de ejemplo, a comienzos del presente año y con ocasión del Día Europeo de la Mediación, el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial han consensuado la necesaria colaboración interinstitucional para impulsar la mediación, destacando la importancia de esta vía dentro de los esfuerzos por la modernización de la Administración de Justicia (*Actualidad Iustel*, 22 enero 2016).

En ese marco institucional, el Consejo General del Poder Judicial otorgó el premio *Calidad de la Justicia 2015*, en la modalidad de “Justicia Accesible”, al Tribunal Superior de Justicia de Murcia por su diseño y puesta en marcha de la *Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia* (UMIM); modelo para incorporar la mediación a la carta de servicios de la Administración de Justicia, que comenzó a funcionar de modo experimental a finales de 2013 y que constituye la primera experiencia de mediación española dentro del concepto de Oficina Judicial, integrada orgánicamente en el Servicio Común Procesal de Ordenación de Murcia (*Actualidad Iustel*, 29 octubre 2015).

⁶⁴ Un mapa de los servicios de mediación intrajudicial existentes, acompañado de los principales hitos a nivel estatal, autonómico y de algunas de las ciudades que han destacado por aplicarla, puede verse en CALATAYUD CROS, L., “Para que la mediación

aspiración de la Administración de Justicia a alcanzar el deseable clima de entendimiento y sintonía entre jueces y árbitros⁶⁵.

En tercer lugar, las nuevas tendencias legislativas caminan en esa dirección proclive al mayor protagonismo y auge de los sistemas alternativos de resolución de conflictos. A nivel general, nos podríamos remontar, en el plano estatal⁶⁶, a la Ley de Arbitraje de 2003⁶⁷ y a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2012⁶⁸; o podríamos mencionar, en sede autonómica, y a título de ejemplo, la Ley de Mediación de Derecho Privado de Cataluña de 2009⁶⁹ o la cántabra de 2011⁷⁰.

Pero, ciñéndonos al terreno del consumo, a la protección del consumidor⁷¹, y sin olvidar que la citada Ley estatal 5/2012 de Mediación excluye de su ámbito de aplicación la mediación de consumo [art. 2.2.d)] –lo que ha generado no pocas

eche raíces precisa profesionales bien formados”, *Blog de la Universidad Internacional Valencia (VIU)*, 18 febrero 2016.

Para una exposición de diversas experiencias que, desde dentro de los Tribunales, se han llevado a cabo en el campo de la mediación intraprocesal, con un claro posicionamiento a favor de la misma por los beneficios que reporta, vid. LAUROBA LACASA, E./ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coords.), “Experiencias de Tribunales en mediación”, en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Huygens, Barcelona, 2015.

⁶⁵ A este respecto, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *La Ley*, nº.8537, 2015 da cuenta de que en los últimos encuentros celebrados con árbitros en los Tribunales de las principales sedes de arbitraje se ha propugnado la conveniencia de anuar esfuerzos entre ambos operadores jurídicos, apostando dicho autor por la necesidad de reforzar la idea de que “*jueces y árbitros son aliados naturales en la resolución de controversias*” (en especial, comerciales).

⁶⁶ Tampoco cabe desdeñar que, en fechas aún recientes, el legislador español ha incluido la *conciliación*, como medio voluntario para resolver algunos conflictos evitando el pleito, en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (arts. 139-148, Disposición Final 11ª.1 por la que se añaden los nuevos arts. 81, 82 y 83 a la Ley del Notariado y Disposición Final 12ª que introduce un nuevo art. 103 bis en la LH). Vid. al respecto, GARCÍA MONTORO, L., “La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 12 octubre 2015; PRATS ALBENTOSA, L., “Conflictos entre particulares, solución entre particulares: la conciliación”, *Escritura Pública*, nº.95, 2015, pp. 72-73; y MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *La Ley*, nº.8699, 10 febrero 2016.

⁶⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre [en adelante, LA].

⁶⁸ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, complementada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha Ley.

⁶⁹ Ley de la Comunidad de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho privado.

⁷⁰ Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁷¹ Para este concreto ámbito, algunos autores abogan por utilizar el acrónimo CDR (*Consumer Dispute Resolution*) en lugar del genérico ADR (vid. CREUTZFELDT, N., “Alternative Dispute Resolution for Consumers”, en *The role od consumer ADR in the Administration of justice*, München, Sellier European, 2015, p. 4).

críticas doctrinales⁷²—, ha de tenerse especialmente en cuenta que, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el Real Decreto 231/2008 regulador del Sistema Arbitral de Consumo, desde la propia *Unión Europea* se viene preconizando y alimentando la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo y, en particular, del consumidor de crédito.

Me refiero, en primer lugar, a la *Directiva 11/2013/CE*, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y el Consejo⁷³; Directiva interrelacionada y complementada por el *Reglamento 524/2013*⁷⁴, y con precedentes en la *Comunicación* de la Comisión, de 4 de abril de 2001, sobre Mejora del Acceso de los Consumidores a los Mecanismos Alternativos de Solución de Litigios⁷⁵ y en la *Recomendación* de la Comisión, de igual fecha⁷⁶, sobre los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo⁷⁷.

A fin de implementar en nuestro Derecho interno esa Directiva 11/2013, el 17 de abril de 2015 fue aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad, el *Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo*⁷⁸—cuyo texto, caso de llegar a ver la luz⁷⁹, tiene visos de consumir dicha transposición de forma poco satisfactoria, como ya se ha denunciado⁸⁰—. El referido

⁷² Vid. p.ej. GARCÍA MÁZ, F., “Ejecución de acuerdos alcanzados en mecanismos alternativos de resolución de conflictos y mecanismo de segunda oportunidad para el consumidor insolvente del artículo 242 bis de la Ley Concursal”, en MENDOZA LOSANA, A.I./GARCÍA MONTORO, L., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor”, *Revista CESCO*, n.º.14, 2015, pp. 50 y 52.

⁷³ Directiva 11/2013, relativa a la Resolución Alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

⁷⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre Resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

⁷⁵ Comunicación 161/2001 (LCEur 2001\1432).

⁷⁶ Recomendación 310/2001, de 4 abril (LCEur 2001\1331).

⁷⁷ Un estudio conjunto de esos cuatro instrumentos comunitarios puede verse en VALBUENA GONZÁLEZ, F., “La Directiva europea sobre resolución alternativa de litigios (ADR) en materia de consumo”, *Justicia*, n.º.2, 2014, pp. 409-443. Con particular referencia a la Directiva y al Reglamento, vid. STROIE, I.R., “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) N.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, *Revista CESCO*, n.º.7, 2013, pp. 228-239; MARCOS FRANCISCO, D., “Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil...”, *InDret*, n.º.3, 2015, pp. 13-16; y ÁLVAREZ MORENO, M.ª.T., “Aproximación a la normativa sobre mediación en litigios de consumo”, *RDP*, n.º.100, 2016, pp. 6-17.

⁷⁸ Anteproyecto del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (<http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Aleyconflictosconsumo.pdf>).

⁷⁹ Como observa ÁLVAREZ MORENO, M.ª.T., “Aproximación a la normativa sobre mediación...”, *RDP*, n.º.100, 2016, p. 18, n.30, este Anteproyecto de 17 de abril de 2015 “en realidad es ya un texto sin tramitación parlamentaria dado que ha concluido la legislatura”.

⁸⁰ Aunque no falta quien valora de forma claramente positiva el Anteproyecto (vid. AGUILAR OLIVARES, Y., “Un paso más hacia el consumidor europeo: la nueva

Anteproyecto⁸¹, siguiendo las pautas de la Directiva, opta por un sistema “abierto” que viene a ampliar el espectro de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos –más allá de los ya existentes del arbitraje y la mediación–⁸², admitiendo, por lo demás⁸³, sistemas o modelos tanto voluntarios como obligatorios⁸⁴.

regulación de los ADR de consumo”, *Revista CESCO*, nº.14, 2015, pp. 36-42), son mayoría los autores que ponen en tela de juicio la bondad, acierto y rigor técnico de la regulación que contiene. En este sentido crítico se pronuncian CATALÁN CHAMORRO, M^a.J., “Reflexiones críticas en torno al Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº.3, 2015, pp. 781-792; y GARCÍA MONTORO, L., “«Nuevo» modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, *Revista CESCO*, nº.14, 2015, pp. 11-27.

En particular sobre las incoherencias y los sorprendentes *vacíos legales* del Anteproyecto en lo que concierne a la adecuación de su regulación a la realidad de las reclamaciones formuladas por los usuarios de *servicios financieros*, vid. BLANCO GARCÍA, A.I., “El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo y su encaje en el sector financiero”, *Revista CESCO*, nº.15, 2015, pp. 94-101; y BARRAL VIÑALS, I., “Si no queda satisfecho... ¡reclame!: El futuro de la resolución de conflictos de consumo”, *Revista CESCO*, nº.14, 2015, pp. 7-10. Por su parte, ÁLVAREZ MORENO, M^a.T., “Aproximación a la normativa sobre mediación...”, *RDP*, nº.100, 2016, p. 18, tras afirmar que el Anteproyecto “deja todo indefinido” y “parafrasea constantemente a la Directiva, resolviendo muy pocas de las cuestiones planteadas por la Directiva”, recuerda que conforme al citado texto prelegislativo “excepcionalmente cabe admitir en sectores con un alto nivel de conflictividad y con una adhesión limitada a las entidades de resolución de conflictos la acreditación de entidades de resolución en las que las personas decisoras estén empleadas o sean retribuidas por el empresario reclamado, siempre que no exista vínculo jerárquico ni funcional con el empresario, y que la actividad de la entidad esté claramente separada de la actividad del empresario. En realidad –añade–, *esto busca acercar a determinados ámbitos contractuales como los servicios bancarios y financieros, o los seguros, para que se inicien en estos sistemas alternativos de resolución de conflictos. Aun así –concluye con realismo la autora–, generará desconfianza para el consumidor, al ver que resuelve la reclamación o propone la solución quien forma parte de la organización con la que se ha generado el conflicto tras la celebración del contrato*”.

⁸¹ Cfr. el Dictamen del Consejo Económico y Social de España, de 13 de mayo de 2015, sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo.

⁸² En atención a los términos *genéricos* con que los sistemas alternativos de resolución son definidos en el Anteproyecto y en la Directiva (vid. igualmente art. 131-3 Código de Consumo de Cataluña), habría que reflexionar acerca de si quedaría amparado bajo esa nueva normativa, y dentro de los posibles mecanismos venideros, por ejemplo el recurso a la figura del *Ombudsman* –siguiendo el consolidado ejemplo del Reino Unido–. Incluso sería de interés ahondar, a fin de determinar su eventual consideración o no como sistema ADR, en el estudio del ámbito y repercusión de los servicios de reclamaciones previstos en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, que regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

⁸³ Asimismo se da cabida, dentro de la inminente normativa sobre resolución alternativa de conflictos de consumo, a procedimientos con un resultado que puede ser tanto vinculante como no vinculante para las partes (art. 6 y concordantes del Anteproyecto).

Por otro lado, y en segundo lugar, ha de tenerse también en buena consideración la *Directiva 17/2014, de 4 de febrero, sobre los Contratos de Crédito celebrados con los Consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial*; Directiva –cuya incorporación a nuestro ordenamiento debiera haber visto la luz antes del 21 de marzo de 2016 (art. 42)– que contiene alusiones expresas a las vías extrajudiciales de resolución, tanto en su Considerando 77º como en su art. 39, de modo particular para los conflictos referentes al consumidor de crédito hipotecario.

Pues bien, sin perjuicio de lo dicho, y aunque no pretendo aquí plantear una “enmienda a la totalidad” o ir en contra de la realidad y la fuerza de los hechos ni menospreciar en absoluto el papel de estos mecanismos alternativos a la vía judicial, si quisiera dejar constancia de que los mismos presentan luces y sombras, bondades e inconvenientes, y crean algunas disfunciones o paradojas que se agudizan, de forma especialmente acusada, en su proyección particular a la órbita de los desahucios hipotecarios de la vivienda habitual.

Enseguida detallaré esos flecos al hilo del análisis del respectivo juego del arbitraje de consumo y de la mediación en ese concreto asunto y de si estamos, o no tanto, ante instrumentos jurídicamente viables y económicamente eficientes para tutelar al deudor hipotecario. Pero en línea de principio, creo que, aunque bien está que hoy en día nos encontremos inmersos en el mundo de la “negociación”, hemos de ser cautelosos al respecto: preservar también la llamada «cultura del pago»⁸⁵ y ser conscientes de que la “desjudicialización” no constituye la panacea⁸⁶. Siendo realistas, y como de inmediato se verá, la eficacia de la mediación y, sobre todo, del sistema arbitral de consumo como vehículos para poner freno a los desahucios hipotecarios genera más escepticismo que otra cosa (o, a lo sumo, un optimismo moderado).

En definitiva, habría que «repensar» sosegadamente si, acaso, no sería preferible y más útil que fomentar, incentivar, alentar, propiciar –o incluso imponer– fórmulas extrajudiciales de resolución de litigios, destinar los esfuerzos e invertir más y mejor en la Administración de Justicia⁸⁷. Pero eso, efectivamente, es más caro.

⁸⁴ El Anteproyecto garantiza a los consumidores el acceso a entidades de resolución alternativa de conflictos de consumo, que tras acreditar los requisitos de calidad exigidos de forma armonizada, hayan sido notificadas a la Comisión Europea para su inclusión en el listado único de entidades notificadas por los diferentes Estados miembros (arts. 17-21). El recurso a estas *entidades acreditadas* (de naturaleza pública o privada) y a sus procedimientos se configura en el Anteproyecto, en términos generales, como *voluntario* para las partes, pero asimismo se permite, de forma expresa, que una norma establezca la *obligatoriedad* de recurrir a procedimientos gestionados por ese tipo de entidades, *sin que se pueda impedir en este caso el acceso al sistema judicial*.

⁸⁵ En expresión de, entre otros, VIGUER SOLER, P.L., “Análisis crítico del RDL 1/2015...”, *La Ley*, nº.8592, 2015.

⁸⁶ No faltan, pese a todo, quienes parecen vislumbrar en los sistemas extrajudiciales una especie de varita mágica para la resolución de los conflictos y llegan a hablar, en concreto, del “milagro de la mediación” (Antonio SÁNCHEZ-PEDREÑO, presidente del Centro de Mediación Empresarial de la Cámara de Comercio de Madrid, *ABC*, 30 octubre 2015).

⁸⁷ Vid. en esta línea, CALVO SÁNCHEZ, M^a.C., “Prólogo”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, CGPJ, 2010, p. 14.

III. EL (EVENTUAL) PAPEL DEL ARBITRAJE DE CONSUMO ANTE EL DESAHUCIO DE LA VIVIENDA HABITUAL: SU LIMITADÍSIMA VIRTUALIDAD TÉCNICA Y PRÁCTICA

A fin de dilucidar el papel que pueda desempeñar el arbitraje de consumo en el terreno de los lanzamientos hipotecarios, hemos de preguntarnos si en este concreto ámbito es (o no) posible, viable y eficiente tal mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos.

1. Caracterización del sistema arbitral de consumo y dificultades jurídicas para su operatividad en el ámbito de los lanzamientos hipotecarios

Empezando con la cuestión netamente jurídica y normas en mano, ¿es jurídicamente admisible aquí el arbitraje de consumo? O, por el contrario, ¿hay impedimentos legales que se deriven del Real Decreto 231/2008⁸⁸, regulador del Sistema Arbitral de Consumo (o, supletoriamente⁸⁹, de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003)?

En una caracterización, muy esquemática, de las notas del arbitraje de consumo que ahora importan, conviene recordar que estamos ante un método extrajudicial de naturaleza heterocompositiva –es un tercero, el árbitro o colegio arbitral, quien resuelve la controversia–; con un origen esencialmente voluntario⁹⁰ –fundado en la autonomía de la voluntad de las partes–; y que, por regla general, salvo acuerdo expreso en contra, los laudos arbitrales de consumo se dictan en equidad⁹¹.

1.1. Exigencias *subjetivas* del arbitraje de consumo y arbitrabilidad del desahucio sobre la vivienda habitual

Partiendo de esos rasgos elementales del arbitraje institucional de consumo, y centrados en primer lugar en sus condicionamientos *subjetivos*, resulta claro que no habría ningún obstáculo, desde este punto de vista de las partes o sujetos “litigantes” implicados, para que el conflicto vinculado a un desahucio hipotecario sobre la vivienda habitual tuviese cabida dentro del sistema arbitral de consumo.

⁸⁸ RD 231/2008, de 15 de febrero.

⁸⁹ Vid. art. 1.3 y Disposición adicional única de la LA 60/2003 y art. 3.1 RD 231/2008. Sobre dicha supletoriedad, vid. por todos ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “Procedimiento arbitral en la Ley de Arbitraje 60/2003 y supletoriedad en el arbitraje de consumo”, en *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, Madrid, Reus, 2009.

⁹⁰ Vid. la Exposición de Motivos y el art. 24.1 del RD 231/2008.

⁹¹ Vid. la Exposición de Motivos y el art. 33.1 del RD 231/2008.

Como es sabido, éste reclama que el asunto litigioso sea *entre un consumidor o usuario*⁹² y un *empresario o profesional* (según exigen el art. 1.2 RD 231/2008 y el art. 57.1 TR de la LGDCU de 2007⁹³). Y en el caso que nos ocupa, no se pone en entredicho la cualidad de consumidor (conforme al art. 3 TR de la LGDCU) del reclamante –del deudor hipotecario–, ni la condición de profesional o empresario (con arreglo al art. 4 TR de la LGDCU) que ostenta la entidad bancaria prestamista⁹⁴.

1.2. Ejecución de la garantía hipotecaria y materias objetivamente sustraídas del procedimiento arbitral de consumo.

Veamos ahora si existe algún escollo por razón del *ámbito objetivo* de aplicación del arbitraje y del de consumo en particular.

El Real Decreto 231/2008 regulador del Sistema Arbitral de Consumo recoge, en el art. 2.2, una serie de materias que *no pueden ser objeto de arbitraje de consumo*⁹⁵

⁹² A efectos de la legitimación activa en el arbitraje de consumo, formulan objeciones a la rigidez y el carácter demasiado restrictivo del concepto de consumidor, p.ej. DÍAZ ALABART, S., “El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo”, en *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 52 y ss.; CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S., Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 914-915; y MARÍN LÓPEZ, M.J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo: cuarenta y tres cuestiones controvertidas”, *Publicaciones Jurídicas ESCO*, 2006, pp. 5-6.

⁹³ Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁹⁴ Interesa traer a colación que, en materia de relaciones consumidor-empresa fundadas en clausulados no negociados individualmente, el art. 90.1 TR de la LGDCU reputa abusivas (y, por tanto, se tienen por no puestas) las cláusulas que establezcan “la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

⁹⁵ En cambio, en sede de arbitraje común, la vigente Ley de Arbitraje de 2003 –a diferencia de su predecesora de 1988 (Ley 36/1988, de 5 diciembre)– ha prescindido de enumerar, ni en términos exhaustivos ni siquiera *ad exemplum*, un elenco de materias no susceptibles de arbitraje (con lo que va de suyo que no hay tampoco aquí exclusión explícita de los desahucios hipotecarios). Como explica la Exposición de Motivos de dicha LA, “el artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta Ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”.

–los conflictos que versen sobre lesiones o muertes⁹⁶ o donde existan indicios racionales de delito–; y en esa lista de materias excluidas *expressis verbis*, coincidentes con la que enumera el art. 57.1 TR de la LGDCU, no figura el desahucio de la vivienda habitual.

Sin embargo, el citado Real Decreto de Arbitraje de Consumo –como igualmente la LA⁹⁷– sí establece de forma diáfana, en su art. 2.1, que solo son susceptibles de arbitraje las “*materias de libre disposición*”⁹⁸. Y es en esta cláusula abierta (o concepto jurídico indeterminado, si se quiere)⁹⁹ donde, acaso, radique uno de los ejes de la discusión acerca de la arbitrabilidad o no sobre los lanzamientos hipotecarios.

No es momento ahora para enfrascarse en las profundas disquisiciones dogmáticas acerca de la noción de “libre disposición”, sobre la cual existen no pocas disputas doctrinales¹⁰⁰ que, en gran medida, se han suscitado en sede de arrendamientos urbanos. Y es también en este ámbito donde se cuenta con una nutridísima jurisprudencia menor que, con gran disparidad de criterios, se pronuncia acerca de si es o no materia disponible –y, por ende, arbitrable o no– el *desahucio arrendaticio*, la resolución del arrendamiento de vivienda (a menudo, por impago de rentas) y el desalojo del inquilino.

De forma muy resumida, y en lo que valga el paralelismo o la analogía, conviene recordar que algunos tribunales consideran que la resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario y el lanzamiento de éste son cuestiones reservadas a

⁹⁶ En sentido crítico con la exclusión de tales materias de la vía arbitral de consumo, vid. entre otros autores DÍEZ GARCÍA, H., “Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo”, *Aranzadi Civil* [en adelante AC], n.º.14, 2007, pp. 37-38.

⁹⁷ Dispone el art. 2.1 LA de 2003 que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre *materias de libre disposición conforme a derecho*”.

⁹⁸ A tenor del art. 2.1 RD 231/2008, “únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre *materias de libre disposición de las partes conforme a derecho*”.

⁹⁹ Como señala la SAP Madrid de 20 octubre 2010 (AC 2010\1807), “si bien en la Ley de Arbitraje se establece una *cláusula abierta* sobre las cuestiones susceptibles de arbitraje, no se ha llevado a cabo una tipificación del elemento objetivo del arbitraje, por lo que dicha *norma en blanco* ha de completarse atendiendo a las materias que son susceptibles de disposición por las partes”.

¹⁰⁰ Aunque no faltan opiniones discrepantes (TASENDE CALVO, J.J., “El arbitraje de consumo: Objeto y exclusiones: El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de transporte”, *Actualidad Civil* [en adelante Act.Civ.], n.º.4, 1997, p. 953), domina la tesis de que no cabe confundir ni identificar necesariamente las materias indisponibles con las materias regidas por normas imperativas (SSTS 21 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1193] y 30 noviembre 2001 [RJ 2001, 9855]), pues, en otro caso, la defensa del consumidor por la vía del arbitraje –o la del arrendatario de vivienda– resultaría impensable, dada la naturaleza de Derecho necesario de muchas de las normas que le dispensan protección (vid. por todos, DÍEZ GARCÍA, H., “Admisión...”, AC, n.º.14, 2007, p. 19; y HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Comentario a los arts. 1 a 8 de la Ley 60/2003”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S., Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 151-152).

la jurisdicción, a la competencia judicial y, por tanto, no susceptibles de arbitraje¹⁰¹. Otras muchas resoluciones, por el contrario, entienden que todas las cuestiones arrendaticias, incluido el desahucio, son arbitrables¹⁰². Pero, dentro de esta corriente, y respecto del desahucio en el arrendamiento de vivienda, la tendencia abrumadoramente dominante es que *ha de tratarse de arbitraje de Derecho*¹⁰³ –la regla en el arbitraje común u ordinario (art. 34.1 LA)–, quedando vetado el arbitraje de equidad¹⁰⁴. Y de ahí que tanto la jurisprudencia mayoritaria como autorizadas voces en el tema¹⁰⁵ *excluyan del ámbito del arbitraje de consumo los desahucios arrendaticios*¹⁰⁶.

Pues bien, extrapolando lo dicho, *mutatis mutandis*, al tema objeto de nuestro estudio, creo que cuando del desahucio hipotecario se trata, *propiamente no hay “conflicto”, no hay “contienda” o materia arbitrable*: el deudor ha impagado (porque no puede o no quiere pagar) y la entidad bancaria acreedora simplemente procede a ejecutar la garantía; ejecución de la garantía hipotecaria que, entiendo, está sustraída del ámbito del sistema

¹⁰¹ Contrarios a la admisión del llamado desahucio arrendaticio arbitral se muestran los Autos de la AP de Madrid de 14 octubre 2010 (JUR 2011/17842), 10 enero 2012 (JUR 2012/58158) y 9 enero 2013 (JUR 2013/68373).

En la doctrina, sostiene la imposibilidad de someter a arbitraje alguno las cuestiones relativas a la resolución del contrato de arrendamiento y, en consecuencia, el desahucio, YÚFERA SALES, P., *Arrendamientos urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 581.

¹⁰² Vid. p.ej. la S. TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal) de 11 noviembre 2014 (JUR 2015/11163) y los Autos de la AP de Madrid 27 octubre 2010 (AC 2010/2056), 17 noviembre 2010 (AC 2010/2163), 3 mayo 2011 (AC 2011/1207), 26 marzo 2012 (JUR 2012/167140) y 24 enero 2013 (JUR 2013/86694).

Ampliamente en la doctrina sobre las razones en favor de la arbitrabilidad, en términos generales, de la materia arrendaticia urbana, incluido el desahucio, vid. ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al artículo 4.5 de la LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 140-146.

¹⁰³ Vid. Auto de la AP de Madrid de 20 julio 2010 (JUR 2010/309769).

¹⁰⁴ A título de ejemplo, vid. los Autos de la AP Madrid de 2 noviembre 2011 (AC 2011/1602), 8 febrero 2011 (AC 2011/829), 11 abril 2011 (AC 2011/1082), 27 julio 2011 (JUR 2011/338057) y 20 octubre 2010 (JUR 2011/17098); o el Auto de la AP de Lugo de 10 junio 2008 (JUR 2008/338575).

En la doctrina, rechazan la posibilidad del arbitraje *de equidad* para el desahucio del inquilino ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al artículo 4.5 de la LAU”, en *Comentarios...*, 2013, pp. 147-150; GÁZQUEZ SERRANO, L., “Las cláusulas arbitrales en los contratos de arrendamientos urbanos”, *Act. Civ.*, nº.21-22, 2012, p. 7; y MORALES MUÑOZ, E., “Arbitraje. Concepto. Naturaleza. Fundamento. Clases. Arbitrajes especiales”, *Act. Civ.*, nº.17, 2007, p. 8.

¹⁰⁵ Vid. por todos, ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al artículo 4.5 de la LAU”, en *Comentarios...*, 2013, pp. 151-152; y BUSTO LAGO, J.M., “El control judicial del laudo arbitral de consumo en el procedimiento de ejecución”, *AC-M*, nº.7, 2010.

¹⁰⁶ Concretamente, en el supuesto –menos común en la práctica del mercado inmobiliario de viviendas de alquiler en España, que es mayoritariamente de particulares– de que el contrato de arrendamiento sea entre un arrendatario particular y un arrendador en el que concurra la condición de empresario o profesional.

arbitral de consumo¹⁰⁷. No parece posible ejecutar la garantía en un procedimiento arbitral, porque cualquier discusión que no tenga cabida en el art. 695 de la LEC es irrelevante para la realización de la hipoteca¹⁰⁸.

¹⁰⁷ También BARRAL VIÑALS, I., “Si no queda satisfecho...”, *Revista CESCO*, nº.14, 2015, p. 6 considera que *el arbitraje de consumo “excluye los procedimientos de ejecución y, por tanto, la ejecución hipotecaria”*.

¹⁰⁸ El artículo 695 de la LEC 1/2000 –en su vigente redacción tras las sucesivas reformas del precepto por las Leyes 1/2013, 8/2013 y 9/2015– reza así:

“1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1ª. Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2ª. Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3ª. En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

4ª. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.

3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1ª y 3ª del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2ª fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

De estimarse la causa 4ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten”.

2. La realidad de las cosas más allá de la letra de la ley

Con todo, como la cuestión técnico-jurídica podría ser polémica, aun aceptando *in abstracto* que el desahucio hipotecario fuese considerado materia arbitrable, aun en la hipótesis –poco verosímil– de que algún presidente de Junta Arbitral de Consumo admitiera a trámite una solicitud de arbitraje acerca del lanzamiento de un deudor hipotecario¹⁰⁹, ¿por qué no hay, ni se espera, un gran éxito real del arbitraje de consumo en este campo?

A mi juicio, es crucial atender a la realidad de las cosas, más allá del Derecho; y unos cuantos datos fácticos pueden iluminar el panorama, siquiera interpretados *a sensu contrario*.

2.1. Datos de la praxis judicial y arbitral. La desconfianza del sector bancario frente al arbitraje de consumo

Rastreando exhaustivamente la jurisprudencia, no se encuentra ni un solo asunto en que, al hilo de la *anulación* de laudos de consumo –por haber resuelto sobre materia no arbitrable [ex art. 41.e) LA¹¹⁰]–, el problema haya versado sobre un laudo que se hubiese pronunciado acerca del desahucio del deudor hipotecario de su vivienda habitual.

Tampoco cabe localizar ninguna resolución judicial sobre ese particular, con ocasión de la *ejecución forzosa* de laudos arbitrales de consumo¹¹¹: ni aceptando el despacho de la ejecución, ni denegándola por estimarse que el objeto del laudo –el desahucio hipotecario– era cuestión situada extramuros del procedimiento arbitral¹¹².

¹⁰⁹ Recuérdese que una de las “Causas de inadmisión de solicitudes de arbitraje de consumo” por el Presidente de la Junta Arbitral (art. 35.1 RD 231/2008) es que el asunto verse sobre materias no susceptibles de arbitraje de consumo, ex art. 2.

¹¹⁰ Dispone este art. 41 que “1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:... e) *Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*. f) *Que el laudo es contrario al orden público*”. Vid. sobre el tema, por todos, SAMANES ARA, C., “La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, en *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005, pp. 29 y ss.; y ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje”, *La Ley*, nº.4, 2004, pp. 1959-1970.

¹¹¹ Un magnífico estudio de la ejecución forzosa de los laudos arbitrales de consumo (arts. 44-45 LA) puede verse en BUSTO LAGO, J.M., “El control judicial del laudo arbitral de consumo en el procedimiento de ejecución”, *AC-M*, nº.7, 2010.

¹¹² A este respecto, no cabe ocultar que los laudos de consumo son cumplidos *voluntariamente* en un porcentaje muy elevado (alrededor del 98 por ciento), por lo que el dato de que no haya habido que recurrir a la vía judicial para dirimir la procedencia de ejecutar o no forzosamente un hipotético laudo sobre un desahucio hipotecario, aunque sea ilustrativo no es del todo determinante.

Amén de no contarse en la praxis judicial con ninguna muestra de la operatividad del arbitraje de consumo en este concreto tema, también quiero señalar, siquiera a título personal y por razón de mi experiencia práctica en la Junta Arbitral de Consumo de León, que nunca se ha conocido aquí asunto alguno –ni aun en los peores años de la crisis– de solicitud de arbitraje sobre la procedencia del lanzamiento o no de su vivienda a un deudor hipotecario¹¹³.

Esto enlaza con la palmaria *reticencia de las entidades bancarias* a adherirse al Sistema Arbitral de Consumo –y con el manifiesto fracaso de este sistema en ciertos ámbitos del consumo como, precisamente, y entre algunos otros¹¹⁴, en el bancario o financiero–. El recelo, desconfianza y cierta aversión de este sector frente al arbitraje de consumo¹¹⁵ procede, entre cosas, por un lado, del *temor a una multiplicación o boom de reclamaciones*, al tratarse de un sistema gratuito (art. 41.1. *in fine* RD 231/2008)¹¹⁶, y, por otro lado, de la percepción por los bancos de la *escasa profesionalización* del arbitraje de consumo, particularmente porque aquí el laudo, dictado como regla *en equidad*, aunque ha de ser motivado en todo caso¹¹⁷, no ha de estar necesariamente fundado en Derecho¹¹⁸.

¹¹³ Es más, fuera ya del caso particular de los desahucios, solamente hemos arbitrado un asunto donde se planteó por el consumidor una reclamación contra una entidad financiera –solicitando a ésta la restitución de cantidades indebidamente percibidas– y dicha entidad, no adherida al sistema arbitral de consumo, aceptó el arbitraje para ese concreto litigio –si bien es cierto que tal banco había ya recibido previamente una resolución parcialmente desfavorable del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, por lo que quizás temiera una probable sentencia condenatoria en un eventual procedimiento judicial entablado por su cliente–. Cfr. DÍEZ GARCÍA, H., “Admisión...”, AC, nº.14, 2007, p. 19, n.21.

¹¹⁴ Por ejemplo, en los sectores de las compañías aéreas, las aseguradoras y algunas grandes superficies; ámbitos, sumados al bancario, respecto de los cuales afirmaba en 2004 FLORENSA I TOMÁS, C.E., “Prólogo”, en *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 22 que “la plena integración de estos sectores en el sistema arbitral de consumo es una auténtica asignatura pendiente que hay que aprobar cuanto antes”. Transcurridos más de diez años desde ese optimista y casi utópico deseo, la asignatura pendiente sigue suspenso.

¹¹⁵ Vid. DÍEZ GARCÍA, H., “Admisión...”, AC, nº.14, 2007, p. 19. También BLANCO GARCÍA, A.I., “El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa...”, *Revista CESCO*, nº.15, 2015, p. 97 pone en evidencia que “en el ámbito bancario y financiero ha quedado patente la ausencia de una verdadera «cultura arbitral», motivada por las reticencias de las instituciones crediticias a someter cualquier controversia a arbitraje”.

¹¹⁶ De ahí que, estratégicamente, las entidades bancarias prefieran asumir el riesgo de un eventual proceso judicial, aunque sea más costoso, porque saben a ciencia cierta que un gran porcentaje de sus clientes no acudirá a los tribunales.

¹¹⁷ Todos los laudos de consumo, también los de equidad, deben estar *motivados* (arts. 33.2 y 48.1 RD 231/2008) –a diferencia de lo que sucedía bajo el primitivo RD 636/1993, donde sólo se exigía motivación para el arbitraje de derecho–.

¹¹⁸ Repárese, sin embargo, que el hecho de que el arbitraje sea en equidad no impide a los árbitros fundar sus decisiones en normas de Derecho positivo, como de hecho sucede con frecuencia en los laudos dictados en el arbitraje de consumo (MARÍN LÓPEZ, M.J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo...”, *Revista CESCO*, 2006, pp. 54-55). Y en

2.2. El cálculo (jurídico-económico) de riesgos y costes como desincentivo para la adhesión de las entidades prestamistas al sistema arbitral de consumo

Con todo, y en íntima relación con lo anteriormente apuntado, creo que el fracaso generalizado del sistema arbitral de consumo en el sector bancario y la nula operatividad práctica que ha tenido y tiene en el caso particular de los desahucios hipotecarios deriva, en gran medida, de la misma *esencia voluntaria del arbitraje*¹¹⁹. Las partes se someten al mismo libre y voluntariamente¹²⁰; y a tal efecto, para sopesar si les conviene o no hacerlo, van a efectuar *un cálculo de riesgos y de costes*.

Ese cálculo es, inevitablemente, un cálculo *comparativo con los riesgos y costes de un proceso judicial*. Y en ese cálculo son elementos decisivos la situación *jurídica* y la situación *económica* de cada una de las partes.

Aplicado lo anterior al supuesto de los desahucios hipotecarios, tenemos que:

(i)- Por un lado, ante el impago del deudor hipotecario y la pretensión del acreedor de ejecutar su garantía, la situación normativa, *el Derecho formalmente aplicable, es claramente favorable a la entidad bancaria*. El banco, que en el seno del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria tendría las de ganar¹²¹, difícilmente va a aceptar someterse a un arbitraje, y menos aún, “arriesgarse” a un laudo en equidad.

cualquier caso, la resolución del conflicto por el árbitro conforme a su leal saber y entender no equivale a arbitrariedad (STC 43/1988, de 16 de marzo [RTC 1988, 43]) ni a discrecionalidad absoluta por parte de los árbitros (ESPLUGUES MOTA, C., “Comentario al art. 34”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por S. BARONA VILAR, Madrid, Civitas, 2004, p. 1117; MARCOS FRANCISCO, D., “El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º.1, 2011, p. 256).

Por otra parte, y respecto a la aptitud profesional que han de tener los árbitros en el arbitraje de consumo, conviene recordar que “los árbitros acreditados a propuesta de la Administración deberán ser licenciados en derecho, ya resuelvan en equidad o en derecho” (art. 17 RD 231/2008) y que “en los arbitrajes que deban decidirse en derecho, los árbitros designados entre los acreditados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho” (art. 21.1 RD 231/2008).

¹¹⁹ Vid. en igual sentido DÍEZ GARCÍA, H., “Admisión...”, AC, n.º.14, 2007, p. 19.

¹²⁰ Y ello, obviamente, presupone un convenio arbitral o la adhesión al sistema arbitral de consumo por parte de la empresa.

¹²¹ Como señala DÍEZ GARCÍA, H., “Igualdad de armas y tutela judicial...”, DPyC, n.º.28, 2014, p. 230, “resulta algo obvio que, en el proceso de ejecución hipotecaria, el acreedor hipotecario goza, frente al ejecutado, de una superioridad palmaria o de una *posición privilegiada* derivada de la fuerza ejecutiva de su título, por lo que el ejecutado siempre parte de una situación de desventaja”. Sobre esa situación procesal de superioridad de la entidad financiera crediticia, vid. ampliamente FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, 2013, pp. 179 y ss.

(ii)- Por otro lado, y fundamental, las cantidades económicas que los bancos se juegan en estos asuntos son netamente superiores a los costes económicos de un pleito judicial ordinario, pues es obvio que en el campo de *los desahucios hipotecarios la cuantía de la controversia no puede ser calificada como bagatela*.

En definitiva, pues, aunque el RD 231/2008 realza, a bombo y platillo, su aspiración de incrementar la confianza en el arbitraje de consumo, no solo de los consumidores, sino *también de las empresas*¹²²; y aunque al comienzo de la vigencia de la norma, algunos autores llegaron a augurar un extraordinario éxito a este sistema¹²³, lo cierto es que, en España, el tiempo ha demostrado que no ha tenido tanta eficiencia y virtualidad práctica como era esperable¹²⁴, al menos en algunos sectores como el de los servicios bancarios y crediticios.

3. Fomento del arbitraje de consumo y presunción de *sumisión* de las entidades crediticias al arbitraje: entre legislación simbólica y normativa de dudosa constitucionalidad en el Derecho catalán

Por todas las razones que con anterioridad se han indicado, y poniendo ahora una nota de Derecho autonómico, creo que es *legislación simbólica* más que otra cosa, que son un “brindis al sol”, normas como la del art. 133-4, párr. 5 del Código de Consumo de Cataluña de 2010¹²⁵ cuando habla de “*fomentar y estimular*” a las empresas que otorgan créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda para que se adhieran al arbitraje de consumo¹²⁶. Y es que he ahí el quid de la cuestión: cómo estimularlas realmente, cómo diseñar *in concreto* un sistema arbitral atractivo que, con plenas garantías de competencia, imparcialidad y profesionalidad, lograra

¹²² Según puede leerse en su propio Preámbulo, este Reglamento pretende “*reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario*”.

¹²³ Vid. FLORENSA I TOMÁS, C.E., “Prólogo”, en *El arbitraje de consumo...*, 2004, pp. 15-18.

¹²⁴ CARRASCO PERERA, Á., “Presentación”, en MENDOZA LOSANA, A.I./GARCÍA MONTORO, L., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos...”, *Revista CESCO*, n.º.14, 2015, p. 44 habla del “fracaso financiero (que no jurídico) del Sistema Arbitral de Consumo. En la situación actual, la sociedad no puede pagar el Sistema Arbitral de Consumo, es un «lujo de países ricos», propio del Estado del bienestar, tal y como se configuraba antes de la crisis, que ya no nos podemos permitir. Ha fracasado en nuestro país por falta de fondos”.

¹²⁵ A tenor del art. 133-4.5 –precepto introducido por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre–, “Las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo deben fomentar y estimular que las empresas que otorgan créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda incluyan en las condiciones generales o específicas su adhesión al arbitraje de consumo”.

¹²⁶ Fuera del ámbito concreto de las entidades crediticias, son legión las leyes de consumo que se refieren al *fomento* del arbitraje de consumo: a título de ejemplo, el art. 40 de la Ley de Defensa de los Consumidores de La Rioja (Ley 5/2013, de 12 abril); o el art. 27.2 del Estatuto del Consumidor de Castilla y León (Ley 2/2015, de 4 de marzo).

“persuadir” y convencer a las entidades bancarias de lo muy ventajoso –para ellas– de someterse al mismo¹²⁷.

Con todo, más problemático, a mi entender, es que el art. 133-1.2 del citado Código de Consumo catalán establezca –bajo la rúbrica «Procedencia del arbitraje»– una presunción de sumisión al arbitraje por las entidades crediticias (siempre que éstas no se hayan opuesto al mismo previamente a la conclusión del contrato con el consumidor); una suerte de sumisión “semi-forzosa” al arbitraje, que se concreta –textualmente– en que «*En materia de créditos y préstamos hipotecarios que tienen por objeto la vivienda habitual, se entiende que la empresa prestamista acepta el convenio arbitral siempre y cuando no haya manifestado expresamente al prestatario la voluntad en contra antes de la firma del contrato*»¹²⁸.

Pues bien, esta “presunción *ope legis*” de aceptación tácita del convenio arbitral por parte del prestamista es de dudosa constitucionalidad, a la luz de lo que sobre el derecho a la tutela judicial estableciera la Sentencia del Pleno del TC 174/1995, de 23 de noviembre, respecto de las Juntas Arbitrales de Transporte¹²⁹.

En cualquier caso, lo que parece meridianamente claro es que no cabría “imponer” el arbitraje –a diferencia de lo que en breve veremos ocurre con la mediación–, pues un arbitraje “obligatorio”, “imperativo” o “preceptivo”, además de ser una auténtica contradicción en los términos, habría de tildarse de inconstitucional, en cuanto que

¹²⁷ También considera que el sistema arbitral se revela en la práctica como un procedimiento ineficaz, inoperante y deficiente para resolver el fenómeno del sobreendeudamiento del deudor hipotecario BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, pp. 184-185, n. 9, para quien “es lógico que las entidades bancarias no se acojan a un sistema arbitral para solucionar el problema de sobreendeudamiento hipotecario... Los bancos no tienen interés en someterse a un procedimiento cuya resolución es vinculante y tampoco en permitir que sea un árbitro el que establezca y decida la reestructuración hipotecaria”.

¹²⁸ Inmediatamente antes, en el párrafo 1, el artículo 133-1 dispone que “el arbitraje procede si existe un convenio arbitral previo entre las partes. En caso contrario, la Administración debe promover la formalización del convenio arbitral para resolver el conflicto mediante el arbitraje de consumo”.

¹²⁹ Declaró el TC en esta Sentencia que “la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta [Arbitral de Transporte], que es lo que se hace en el párrafo primero del artículo 38.2 [de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres]. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo... *Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella.* Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que, *al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra*, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución”.

vendría a configurarse como un sistema judicial B, cuando nuestra Constitución (art. 117.6) prohíbe que existan tribunales especiales o tribunales B.

IV. LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA COMO SISTEMA DE NEGOCIACIÓN ASISTIDA ANTE EL RIESGO DE LANZAMIENTO DE LA VIVIENDA HABITUAL

1. Intermediación y mediación hipotecaria: aproximación conceptual

A modo de cuestión previa y antes de entrar de lleno en materia, conviene comenzar advirtiendo que las figuras de la mediación hipotecaria y la intermediación, lejos de hallarse nítidamente diferenciadas, aparecen con frecuencia entremezcladas tanto en la normativa legal como, por caso, en las webs de las Administraciones autonómicas y municipales o de los Colegios de abogados, donde se brindan y se ponen tales vías a disposición de los deudores asfixiados por sus hipotecas y en riesgo de perder su vivienda por el impago del préstamo¹³⁰.

Con todo, a efectos distintivos, y muy brevemente, en la llamada “intermediación” nos encontramos con que el consumidor va a negociar con su entidad bancaria, sirviéndose para ello de un mero *interlocutor*¹³¹; pero éste, en rigor, actúa simplemente como una especie de *nuntius* o portavoz del deudor hipotecario, de modo que se trata en verdad de una *negociación directa*. Como ya se ha apuntado en la doctrina, en la intermediación los “encargados de la misma desarrollan una labor de *asesoramiento u orientación y/o una labor de representación del usuario a la hora de realizar la encomienda de negociaciones en nombre de aquél con la entidad bancaria*”¹³². Desde esta perspectiva, el Consejo General de la Abogacía Española indica que “la intermediación facilita la *comunicación entre la parte deudora y la entidad financiera* para encontrar una solución antes de una demanda de ejecución hipotecaria o durante el proceso de ésta”¹³³. Y siguiendo esa pauta, valga como ejemplo la Oficina de Intermediación Hipotecaria del Principado de Asturias¹³⁴, donde se contempla la intermediación hipotecaria como un “servicio de asesoramiento y atención que trata de facilitar que los afectados consigan

¹³⁰ También CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria...”, *Revista de Mediación*, nº.12, 2013, p. 26 se ha percatado de la frecuente “confusión terminológica de Mediación-Intermediación, por lo que resulta preciso escindir ambos términos o conceptos”.

¹³¹ De “*interlocución*” entre deudor y acreedor hipotecario se habla expresamente, y de forma reiterada, en el Manual de Procedimiento del *Servicio Integral de Apoyo a Familias en Riesgo de Desahucio* de Castilla y León (Decreto 58/2014, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales).

¹³² Vid. CEBALLOS PEÑA, D., “La mediación hipotecaria...”, *Revista de Mediación*, nº.12, 2013, p. 29.

¹³³ Así se explica en la página del Consejo General de la Abogacía sobre la Oficina de Intermediación Hipotecaria (<http://www.abogacia.es/2012/06/21/oficina-de-intermediacion-hipotecaria>).

¹³⁴ Concretamente en el Convenio de colaboración, suscrito en 2012 y renovado el 5 de noviembre de 2015 con el Colegio de Abogados de Oviedo, para prestar un “servicio gratuito de intermediación a deudores hipotecarios”.

reestructurar de forma viable su deuda, o lograr una quita en el capital pendiente de amortización, o la dación en pago de su vivienda”¹³⁵.

Por su parte, en la mediación hipotecaria *stricto sensu*, los objetivos últimos a alcanzar son estos mismos; pero aquí, en cuanto sistema ADR¹³⁶, el tercero mediador tiene propiamente *intervención* en la negociación con la entidad crediticia. Es, pues, una *negociación asistida* que aquél dirige, guía, canaliza y modula, tratando de acercar las posiciones de las partes –sin perjuicio de que, dada la naturaleza *autocompositiva* de dicho sistema, el mediador no imponga la solución al conflicto y carezca de poder decisorio y sean los mismos interesados los que, en última instancia, vayan a llegar (o no) al acuerdo¹³⁷–.

2. Pros y contras para alcanzar acuerdos de mediación hipotecaria

2.1. Asimetría negocial y trabas fácticas

A partir de la referida acepción, y sin poder obviar que en la mediación hipotecaria hay una *desproporción o desequilibrio palmario entre las partes* (el consumidor deudor y la entidad bancaria acreedora)¹³⁸ –ello por más que la presencia del mediador, “imparcial y neutral”, tienda a garantizar que la parte más débil sea oída y

¹³⁵ Vid. en igual sentido el art. 3.1.b) del ya citado Decreto-ley 2/2013, de Castilla y León, por el que se adoptan medidas extraordinarias de apoyo a las personas y familias afectadas por la crisis en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social.

¹³⁶ Aunque prescindimos de entrar en el debate sobre la calificación técnica de la mediación hipotecaria, sí interesa dejar constancia de que, frente a quienes le otorgan “autonomía propia” y la configuran como una “mediación *sui generis*”, como una tipología propia de ADR (BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria...”, *RIEDPA*, nº.2, 2015, pp. 14-15, 17-19; COBAS COBIELLA, M^a.E., “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, *CEFLegal*, nº.160, 2014, p. 19), otros autores le niegan tal entidad autónoma y consideran que se trata de “una *especialidad de la mediación de consumo*, puesto que centra su actividad en una determinada clase de consumidores: los deudores hipotecarios; en un ámbito concreto de su protección: la reestructuración del préstamo hipotecario y la evitación de la ejecución; y en la defensa de un específico bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado de protección prioritaria: la vivienda” (BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, pp. 190-191).

¹³⁷ De ahí que siempre cabría elucubrar acerca de si existe demasiada diferencia a efectos prácticos (o no tanta) entre negociar bajo la dirección y guía de un mediador propiamente dicho o negociar directamente, a través de un interlocutor; esto es, acerca de si son o no tantas y tan importantes como se suele postular, las ventajas de la primera vía frente a la segunda. Vid. al respecto GARCÍA-ÁLVAREZ, M^a.R., “¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?”, *La Ley*, nº.8087, 2013.

¹³⁸ Escribe con carácter general ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El Código de Buenas Prácticas...”, *RDCiv*, nº.2, 2015, p. 62 que “en cualquier relación crédito-deuda, el deudor se encuentra en una natural situación de inferioridad; cuando éste tiene dificultades para el pago, el desequilibrio se agrava. Y si el acreedor dispone de una garantía hipotecaria el poder del acreedor es casi absoluto”, lo que *limita mucho* “la capacidad de negociación del deudor”.

que en el proceso de autocomposición sean tenidas en cuenta en pie de “igualdad” las pretensiones de ambas partes¹³⁹—, surge el interrogante. ¿Qué puede hacer, en esta tesitura, que los bancos se presten a acuerdos en un proceso de mediación hipotecaria?¹⁴⁰

¹³⁹ En su estudio de la mediación hipotecaria, también CEBALLOS, D., “La mediación hipotecaria...”, *Revista de Mediación*, nº.12, 2013, p. 26 deja constancia de que en ella “nos encontramos con una situación de desigualdad manifiesta entre la Entidad Bancaria y el usuario solicitante, circunstancia esta que desvirtúa totalmente un proceso de mediación *strictu sensu*, no sólo respecto al equilibrio de poderes en la negociación sino también en el rol del propio mediador”.

A partir de la innegable premisa de la existencia de un desequilibrio de fuerzas entre las partes en la contratación bancaria con consumidores —pues “las entidades de crédito siempre han sido (y son) la parte fuerte de la relación contractual”—, BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria...”, *RIEDPA*, nº.2, 2015, pp. 4, 14 y 18 señala que en materia de mediación hipotecaria “la realidad práctica del procedimiento ha manifestado la desvirtuación de esta institución de la mediación, no solo respecto del equilibrio de poder que debe existir en toda negociación sino también en el rol del mediador”. En sede hipotecaria —afirma la autora— “las funciones del tercero son normalmente asumidas por un abogado —el abogado defensor del deudor—, posicionado claramente a favor del deudor (al que representa), de forma que hace las veces de asesor y consejero de las posibles medidas a adoptar para restablecer el equilibrio entre acreedor y deudor hipotecarios en la relación contractual. Aunque pudiera resultar extraña esta posibilidad porque las técnicas ADR van asociadas a la independencia, imparcialidad y neutralidad del tercero, la configuración en la práctica de este nuevo procedimiento así lo permite”. Vid. igualmente VALL RIUS, A., “La intermediación...”, *Revista Digital MM*, nº.2, 2012, pp. 8-9.

En una línea similar, BALLUGUERA GOMEZ, C., “El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 abril 2012 (www.notariosyregistradores.com) afirma que “en la hipoteca, a la igualdad o semejanza de poder contractual de las partes, base de la negociación, se llega aumentando el poder de la parte más débil, la persona consumidora”.

Por su parte, BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, pp. 188-189 destaca que no puede pasar desapercibida “la posición de debilidad que ocupa el deudor como consumidor en la fase de negociación y de posible reestructuración del préstamo hipotecario. Los deudores hipotecarios negocian con la entidad prestamista asfixiados por la cuerda de la hipoteca, en condiciones de urgencia y necesidad, en una situación económica negativa y con el miedo a perder la vivienda... Negociar solo en tales condiciones puede ser perjudicial para sus intereses económicos y beneficiar, en ocasiones, a la entidad prestamista”. De ahí que concluya que la mediación hipotecaria debe “desempeñar una función tuitiva del consumidor en la fase de negociación y reestructuración del préstamo hipotecario”. Con todo, al analizar más adelante los principios de imparcialidad y neutralidad que deben guiar la mediación hipotecaria (p. 201), puntualiza dicho autor que el mediador “no puede representar los intereses de ninguna de las partes” y que “proteger al deudor y tratar de salvaguardar su vivienda no implica dejar de respetar las posiciones de cada una de las partes y garantizar la igualdad en la negociación”.

¹⁴⁰ Ello sin entrar en las formalidades de los acuerdos de mediación para ser vinculantes y adquirir fuerza ejecutiva (*cfr.* en general art. 517.2 LEC y art. 25 Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles; sin perjuicio de las singularidades de la mediación intrajudicial y de la mediación previa del procedimiento arbitral de consumo, *ex art.* 38 RD 231/2008). Ampliamente sobre el tema, vid. p.ej. LÓPEZ BARBA, E., “La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley

Como ya antes dije en relación con el arbitraje de consumo, nadie cede ante su derecho sin un cálculo de costes de todo tipo (comparativamente con los costes de un proceso judicial). En consecuencia, hay razones de peso que, *a priori*, no van a inclinar a las entidades bancarias a que la mediación hipotecaria llegue a buen puerto¹⁴¹.

De un lado, nos topamos de nuevo con *la situación jurídico-legal “formalmente” aplicable* –porque, en rigor, y nos guste o no, si el deudor no ha pagado, el acreedor podría hacer valer sin más su garantía en un procedimiento de ejecución hipotecaria¹⁴²–. Es decir, también en sede de mediación resulta delicado delimitar la “materia negociable”¹⁴³, cuando el conflicto consiste en que una parte quiere ejecutar su garantía y cobrar y la otra parte no puede o no quiere pagar, pero tampoco perder su vivienda¹⁴⁴.

5/2012”, *RDPatr.*, nº.30, 2013; BUSTO LAGO, J.M., “El control judicial...”, *AC-M*, nº.7, 2010; y PARDO IRANZO, V., *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

¹⁴¹ Aun sin referirse específicamente a la mediación hipotecaria, TRUCHERO CUEVAS, J., “Cuando el incentivo es no pactar”, *La Ley*, nº.8507, 2015 explica los diversos factores por los que las empresas no tienen apenas aliciente para alcanzar acuerdos extrajudiciales.

¹⁴² En esta misma línea, también ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El Código de Buenas Prácticas...”, *RDCiv.*, nº.2, 2015, p. 62 destaca que *el acreedor hipotecario “desde un punto de vista jurídico, detenta una posición fuerte frente al deudor”*: “si el acreedor dispone de una garantía hipotecaria el poder del acreedor es casi absoluto, pues, *incumplida la deuda, en cualquier momento puede ejecutar la garantía y cobrar*. Por lo tanto, las circunstancias recortan, cuando no anulan, la capacidad de negociación del deudor a la hora de proponer una salida a su situación de dificultad para hacer frente al pago y que esquivе la ejecución hipotecaria”. Insistiendo en esas ideas, y tras destacar que en sede de realización de la hipoteca “el punto de partida es de absoluto predominio del acreedor y que *dicha relación de poder es legítima porque está amparada en la ley*”, añade la autora que, a fin de impedir la ejecución hipotecaria que tanto perjudica al deudor, “la única posibilidad de favorecer a este deudor es contar con *la voluntad del acreedor que, obviamente, sólo estará dispuesto a no ejecutar la garantía... si el mecanismo alternativo no le perjudica demasiado*” (p. 63).

Por su parte, BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, p. 188, n.18, aunque defiende la viabilidad y eficiencia de la mediación hipotecaria y subraya que, puesto que “la banca es la primera interesada en la pervivencia del préstamo hipotecario, en los últimos años ha mostrado una buena actitud para evitar las ejecuciones hipotecarias, como así lo demuestra el considerable número de refinanciaciones”, no deja de reconocer, sin embargo, que “*la banca lógicamente va a actuar conforme a su propio interés económico. Las entidades financieras velan por sus intereses, no son ONG’s que ayudan a los deudores hipotecarios*”.

¹⁴³ Al igual que ya indicamos respecto del arbitraje de consumo, también en la mediación es menester que el conflicto verse sobre una *materia de libre disposición* –tal como expresamente reclaman, por ejemplo, el art. 131-2.3 del Código de Consumo de Cataluña o el art. 3 del Decreto catalán de 8 julio 2014 sobre el Procedimiento de Mediación en las relaciones de consumo–.

¹⁴⁴ Como observa BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, p. 197, en la mediación hipotecaria cada una de las partes implicadas “tiene una *percepción* distinta de la situación. El deudor percibe al banco como la entidad que hizo un buen negocio con el préstamo y pretende despojarle de su

De otro lado, importa también *el cálculo de costes procesales* –que el banco puede asumir mucho más fácilmente que el consumidor¹⁴⁵, cuando, además, *la cuantía litigiosa en juego no es baladí*–.

2.2. Circunstancias actuales favorables al éxito de la mediación ante el desahucio de la vivienda habitual

Sin embargo, también hay factores que, *en el convulso momento presente y en el escenario socio-económico en que hoy en día nos encontramos*, sí contribuyen a hacer posibles eventuales acuerdos de mediación hipotecaria. Entre esos factores, aparte del escaso interés de la entidad bancaria en adjudicarse un inmueble más y acumular así a sus activos viviendas con salida muy poco rentable en el depreciado mercado inmobiliario actual¹⁴⁶, creo que hay uno fundamental y especialmente

vivienda, mientras que el banco percibe al deudor como la persona que no quiere cumplir su obligación”.

¹⁴⁵ Como en términos generales, y aun sin aludir concretamente a los desahucios hipotecarios, señala TRUCHERO CUEVAS, J., “Cuando el incentivo es no pactar”, *La Ley*, nº.8507, 2015, uno de los elementos que explican la desigual distribución de incentivos entre empresas y consumidores para alcanzar acuerdos extrajudiciales estriba en que “los costes de acceso a la justicia son muy superiores para los consumidores, que no cuentan con asesoramiento jurídico estable, tienen un acceso a la información mucho más limitado y su capacidad para financiar costes de abogado, procurador o tasas judiciales es inferior”.

Ampliamente sobre el tema, vid. STÜRNER, M., “ADR and adjudication by State Courts: competitors or complements?”, en *The role of consumer ADR in the Administration of justice*, München, Sellier European, 2015, pp. 11-29.

¹⁴⁶ En este sentido, también ALONSO PÉREZ, M^a.T., “El Código de Buenas Prácticas...”, *RDCiv.*, nº.2, 2015, p. 63 afirma que, entre las circunstancias económicas coyunturales que “debilitan” en cierta medida la posición de las entidades crediticias, interesa tomar en consideración que la ejecución hipotecaria puede suponer un problema para éstas en un contexto en que *el mercado inmobiliario ha provocado la depreciación de los inmuebles*, de modo que “*la incorporación de inmuebles a sus activos podría suponer un agravamiento de la crisis financiera que están sufriendo*”. Vid. igualmente VALL RIUS, A., “La intermediación en problemáticas hipotecarias”, *Revista Digital MM*, nº.2, 2012, pp. 15-16.

Asimismo, destaca SERRANO GARCÍA, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, nº.86-87, 2013, p. 100 que la negativa repercusión de la crisis económica en las entidades de crédito y bancarias deriva, entre otras cosas, de que, “como consecuencia de los impagos y de las ejecuciones se están quedando con un gran número de viviendas, cuando no es su negocio la comercialización de bienes inmuebles”. Según recuerda el citado autor (p. 181), los propios bancos se han hecho eco de tal problema; y así, puede leerse en el Diario *Expansión* del día 13 de enero de 2013 que “en el Santander lo tenemos muy claro –dijo Botín–, el desahucio es la última y peor opción para todos: para nuestros clientes y también para el banco”.

En una línea similar, BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria...”, *RIEDPA*, nº.2, 2015, p. 7 apunta que el problema de los desahucios se ha convertido en *el verdadero quebradero de cabeza* de los deudores hipotecarios, pero “*también de las entidades de crédito*, por cuanto su interés no pasa por convertirse en grandes inmobiliarias –que lo son– sino que lo que buscan es recuperar el dinero prestado”.

poderoso: lo que podríamos llamar la “*hostilidad ambiental*”. Es decir, que ante la situación creada ante la opinión pública¹⁴⁷, el banco se enfrenta a *fuertes costes de imagen* si persevera en el litigio, éste desemboca en el lanzamiento del ciudadano de su vivienda habitual y, en consecuencia, se pone materialmente al deudor y su familia en la calle¹⁴⁸. Baste hacer mención de la enorme fuerza social y mediática, y hoy ya política, de los diversos movimientos, asociaciones y plataformas de afectados por las hipotecas (PAH) y *Stop Desahucios*¹⁴⁹.

De igual modo, expone BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, n.º 31, 2013, p. 185, n. 10 que el procedimiento de ejecución hipotecaria, ante la escasez actual de postores (que obliga a las entidades financieras a adjudicarse las viviendas), provoca –además del efecto fatídico de que el deudor hipotecario se ve despojado de su vivienda, permaneciendo endeudado por el saldo negativo que no se haya podido satisfacer con el valor de la adjudicación– la consecuencia, también preocupante y perturbadora, de que “*la entidad acreedora adquiere un bien inmueble que debe provisionar, conforme dispone la normativa del Banco de España, y que constituye un activo tóxico imposible de vender a buen precio en el actual mercado inmobiliario, en continua recesión*”. De ahí que el acreedor hipotecario –añade dicho autor (pp. 198-199)–, ante el riesgo de “tener que adjudicarse una vivienda sin salida en el mercado inmobiliario, sea el primer interesado en que perviva el préstamo hipotecario y en efectuar una adecuada reestructuración del mismo. No obstante –puntualiza–, dicho interés puede variar dependiendo de la cantidad de capital amortizado”. Así, explica BASTANTE GRANELL (n. 42) que “las entidades financieras no pretenden adquirir o adjudicarse la vivienda y suelen estar dispuestas a hablar para alcanzar soluciones que resuelvan las morosidades hipotecarias. Sin embargo, pueden no tener interés en negociar. Si el deudor tiene amortizada una gran parte de la deuda, al banco le interesará posiblemente la ejecución hipotecaria, pero si la situación es al contrario, y el deudor ha amortizado una pequeña parte del préstamo, al banco le interesará mantener el mismo, siendo más proclive a la mediación hipotecaria y a la búsqueda de soluciones. Ello porque cuando existe una gran cantidad pendiente de amortizar, el saldo vivo del préstamo obliga a la entidad a provisionar, en la ejecución no obtendría el valor suficiente para cubrir la deuda y la adjudicación del bien supondría costes adicionales para la entidad, interesando a la entidad acreedora la mediación hipotecaria, y consecuentemente, la pervivencia del préstamo hipotecario”.

¹⁴⁷ DÍEZ GARCÍA, H., “Igualdad de armas y tutela judicial...”, *DPyC*, n.º 28, 2014, p. 206 alude a “la corriente social, política y mediática contraria a toda medida de efectividad de la garantía hipotecaria”, a la idea de que las “entidades de crédito eran y son percibidas por la ciudadanía como seres despiadados, como seres sin alma”.

También VALL RIUS, A., “La intermediación...”, *Revista Digital MM*, n.º 2, 2012, pp. 4 y 16 llama la atención sobre el escaso “prestigio corporativo y social” de los bancos y el “*estado de opinión e indignación generalizado* que reclama medidas para abordar situaciones realmente desesperadas... y superar situaciones de sobreendeudamiento hipotecario ciertamente agobiante”.

¹⁴⁸ Según apunta BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria...”, *RIEDPA*, n.º 2, 2015, p. 20, la renegociación con las entidades de crédito y el dato de que la inmensa mayoría de éstas hayan suscrito el Código de Buenas Prácticas responde “no solo a la finalidad de resolver las dificultades de los deudores hipotecarios, sino también como *estrategia para mejorar su reputación y buena imagen ante la clientela*”. Vid. igualmente RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., “Ejecuciones hipotecarias...”, *RDCiv.*, n.º 3, 2014, p. 115.

¹⁴⁹ Señala al respecto BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria...”, *RIEDPA*, n.º 2, 2015, p. 10 que “lo más destacable de este movimiento es el fuerte lobby

Pero es más. Se percibe incluso –siquiera *de lege ferenda*– una cierta “hostilidad jurídica” hacia las entidades bancarias. Y es que la propia Directiva 17/2014 sobre Contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial dispone textualmente en su art. 28.1 («Demoras y ejecución hipotecaria») que “los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a *los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*”¹⁵⁰.

3. Voluntariedad vs. obligatoriedad de la mediación

3.1. Tasas de eficiencia de la mediación hipotecaria voluntaria

Aunque hemos formulado genéricamente los aludidos factores y circunstancias (a favor y en contra de la mediación), se hace preciso matizar su repercusión según que el proceso de mediación hipotecaria tenga carácter puramente *voluntario* o que, por el contrario, concurra la hipótesis de que aparezca configurado en términos preceptivos.

La voluntariedad se ha reputado, tradicionalmente, como principio esencial de la mediación; y así aparece plasmado tanto en la Ley estatal de Mediación (art. 6 Ley 5/2012) como en diversas normas autonómicas *ad hoc*: por ejemplo, en la Ley de Defensa de los Consumidores de La Rioja (Ley 5/2013, de 12 abril), que en el art. 39 configura la mediación como un “mecanismo de resolución *voluntaria* de reclamaciones en materia de consumo”; o en los arts. 2.1 y 5 del Decreto catalán 98/2014, de 8 de julio de 2014, sobre el Procedimiento de Mediación en las relaciones de consumo –Decreto que incorpora en Cataluña la Directiva 11/2013 de Resolución Alternativa de litigios de consumo–¹⁵¹.

existente contra las injusticias cometidas y, por ende, contra el abuso de poder de las entidades de crédito, pero también contra las actuaciones de los poderes públicos”.

¹⁵⁰ Incluso *de lege data*, y refiriéndose a la Ley 1/2013, recuerda SERRANO GARCÍA, I., “Soluciones legales en materia de desahucios...”, *RJNot.*, nº.86-87, 2013, pp. 142-143 que en el Dictamen que sobre el proyecto de dicha Ley emitiera el Banco Central Europeo –dictamen firmado por el propio Mario Draghi– se recomienda enérgicamente evitar los desahucios, considerar la ejecución hipotecaria como “último recurso” y proporcionar incentivos para que las partes interesadas “acuerden una reestructuración de deuda oportuna y razonable en caso de incumplimiento”. En vista de ello, habla el citado autor de “una efervescencia entre las fuerzas políticas y los grupos sociales” que ha tratado a toda costa “de intentar que los deudores no quedaran privados de vivienda”, pero que *nunca atendió al “problema de cómo remediar la situación del acreedor que no cobraba su crédito pero que al ser, por lo general, una entidad bancaria, se entendía –concluye SERRANO con un punto de ironía– que era la causante de todos los males y sus pretensiones no merecían atención”*.

¹⁵¹ Vid. además, entre otras muchas, los arts. 1.1 y 5 de la Ley de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (Ley 15/2009); o el Decreto 12/2015, de 10 de febrero, por el que se crea el Centro aragonés de Coordinación en materia de mediación y el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de Aragón y se establecen medidas de fomento

Sobre la base de esa voluntariedad, son varias las Administraciones de Comunidades Autónomas (Cataluña¹⁵², País Vasco¹⁵³, Aragón o Castilla y León, entre otras¹⁵⁴) y de entidades locales¹⁵⁵ o provinciales¹⁵⁶ que, haciendo uso de sus competencias en materia de defensa de consumidores y usuarios o en el área de vivienda, han desarrollado experiencias de mediación hipotecaria voluntaria –con notable tasa de éxito¹⁵⁷–, sin que quepa obviar las iniciativas ensayadas por algunos organismos privados en ese campo.

de la mediación –Decreto que en su Parte Expositiva destaca la “voluntariedad” de la mediación–.

¹⁵² La Generalitat de Cataluña fue pionera en instaurar, en enero de 2010, su Oficina de mediación hipotecaria bajo la denominación de *OFIDEUTE*, dependiente de la Agencia de Vivienda catalana (http://www.agenciahabitatge.cat/wps/portal?WCM_GLOBAL_CONTEXT=ca/ahc/web/serveis/ciutada/ofideute).

¹⁵³ En mayo de 2012 se creó, en el País Vasco, el Servicio de Mediación Hipotecaria, dependiente del Departamento de Justicia y Administración Pública, que constituye el eje central del Servicio de Ayuda al Sobreendeudamiento Familiar del Gobierno vasco. Vid. al respecto BALLUGUERA GOMEZ, C., “El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 abril 2012 (www.notariosregistradores.com).

¹⁵⁴ Vid. también, por ejemplo, el Servicio de Orientación y Mediación Hipotecaria y de la Vivienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (arts. 62-63 de la Ley murciana 6/2015, de 24 marzo, de la Vivienda); el Servicio de Mediación Hipotecaria de Navarra [art. 18.g) del Decreto Foral 128/2015, de 14 de agosto, sobre la estructura orgánica del Departamento de Derechos Sociales]; o el Programa de Mediación integral en materia de ejecuciones hipotecarias del Instituto de la Vivienda del Gobierno de La Rioja (http://www.irvi.es/mediacion_integral/index.html).

¹⁵⁵ Sobre el apogeo de los servicios municipales de mediación hipotecaria, vid. BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, p. 196, n.39, quien recoge un amplio repertorio de ayuntamientos que ofrecen dichos servicios. A modo de ejemplo, la Oficina de Mediación Hipotecaria del Ayuntamiento cántabro de Torrelavega resolvió con éxito el 87% de los casos en 2014 –frente al 60% de 2012–; soluciones que pasaron no tanto por la dación en pago de la vivienda, como por la refinanciación o reestructuración de la deuda con planes de aplazamiento de pago y algunas quitas de deuda (<http://www.europapress.es/cantabria/noticia-oficina-mediacion-hipotecaria-resolvio-exito-87-casos-2014-20150223171859.html>). Para una exposición del procedimiento seguido por esa concreta Oficina municipal de Mediación Hipotecaria, puesta en marcha en septiembre de 2011, vid. CEBALLOS, D., “La mediación hipotecaria...”, *Revista de Mediación*, nº.12, 2013, pp. 24-26.

¹⁵⁶ Algunas Diputaciones Provinciales (como las de Granada y Málaga, entre otras) prestan actualmente servicios institucionalizados de mediación hipotecaria (vid. BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, p. 193, n.32).

¹⁵⁷ Una defensa a ultranza del valor y eficiencia de este cauce voluntario de resolución extrajudicial de los conflictos hipotecarios lleva a cabo BLANCO GARCÍA, A.I., “La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria”, *RIEDPA*, nº.2, 2015, pp. 4, 7, 10, 12, 15-16 y 27, quien insistentemente califica la mediación como “el medio de tutela que se ha revelado como *idóneo, altamente beneficioso y más eficaz* para paliar y mejorar las circunstancias económicas y personales de los deudores afectados”. También se confiesan firmes partidarios de la mediación hipotecaria COBAS COBIELLA, M^a.E., “La intermediación hipotecaria...”, *CEFLegal*, nº.160, 2014, pp. 5-40;

3.2. Mediación hipotecaria *obligatoria*: problemas de constitucionalidad, de respeto al Derecho europeo y de «oportunidad» de su imposición. Referencia particular a la mediación hipotecaria *preceptiva* en el Código de Consumo de Cataluña

En contraste con la aludida nota de voluntariedad que por lo común preside las mediaciones hipotecarias, interesa, sin embargo, prestar sobre todo atención a aquellos sistemas que vienen a desplazar dicho rasgo y a establecer la *obligatoriedad* de la mediación hipotecaria –como paso preceptivo previo, antes de poder incoarse un procedimiento judicial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del consumidor–. Tal es el caso del art. 132-4 del Código de Consumo de Cataluña¹⁵⁸, introducido por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre¹⁵⁹.

VALL RIUS, A., “La intermediación...”, *Revista Digital MM*, nº.2, 2012, pp. 13-17; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Garantía hipotecaria, mercado y crisis...”, *RDPatr.*, nº.35, 2014; y BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, nº.31, 2013, pp. 209-212, quien expone sus múltiples virtudes, recoge diversos informes y noticias que señalan porcentajes de éxito ciertamente notables de dicho sistema y concluye que el mismo está permitiendo que “un buen número de deudores hipotecarios encuentre una salida” y que muchos de ellos “estén siendo ayudados por los distintos servicios de mediación hipotecaria, evitándose desahucios, pérdida de viviendas, o, al menos, impidiendo que ciertos deudores continúen al borde del «abismo» hipotecario”.

- ¹⁵⁸ Bajo la rúbrica «Créditos o préstamos hipotecarios», dispone este artículo lo siguiente:
1. *Las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo deben garantizar que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial.*
 2. El procedimiento de mediación debe tener por objeto buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que la persona consumidora conserve la propiedad de la vivienda o, subsidiariamente, la posibilidad de mantener su uso y disfrute. En el marco de este procedimiento, las partes o el órgano de resolución extrajudicial de conflictos pueden solicitar un informe de evaluación social con un análisis socioeconómico del deudor y las posibles vías de resolución del conflicto en los términos del artículo 133-6.
 3. *Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial.*
 4. En situaciones de sobreendeudamiento derivado de relaciones de consumo, la mediación corresponde a las comisiones de sobreendeudamiento, reguladas por su legislación específica. Si las comisiones de sobreendeudamiento no alcanzan un acuerdo entre el consumidor y los acreedores, queda abierta la correspondiente vía judicial para hacer efectivo lo dispuesto por este código y la legislación complementaria”.
- Un detallado estudio del contenido del transcrito art. 132-4 del Código de Consumo catalán (elementos subjetivos y legitimación activa en la mediación hipotecaria preceptiva, supuestos en que ésta se impone, plazo para llegar a acuerdos de mediación, etc.) lleva a cabo ADAN DOMENECH, F., “¿Instauración de una ejecución hipotecaria especial en Cataluña?”, *La Ley*, nº.8631, 2015.

Conviene tener en cuenta que el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante Providencia de 6 de octubre de 2015 (JUR 2015\239027), admitió a trámite *el recurso de inconstitucionalidad*¹⁶⁰ promovido por el Gobierno central contra dicho artículo y decretó, con efectos desde el 30 de septiembre de 2015, *la suspensión* de la vigencia del mismo (y demás preceptos impugnados). Sin embargo, nótese que la posible tacha de inconstitucionalidad deriva de razones competenciales, de que la Comunidad Autónoma de Cataluña ha emanado una norma que podría invadir, entre otras, la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.6 CE)¹⁶¹ –al imponerse por el Parlamento catalán un requisito procedimental previo e instaurarse así, *de facto*, una suerte de procedimiento “especial” de ejecución hipotecaria en Cataluña–.

Pero, problemas competenciales al margen, y suponiendo que hubiera sido una ley estatal la que hubiese dictado esa norma que obliga a intentar la mediación como trámite preceptivo previo para poder interponer una demanda judicial de ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, ¿sería ello inconstitucional?

No faltan autores que entienden que sí¹⁶², porque –a su juicio– perjudica y obstaculiza el acceso a la justicia, introduciendo barreras y limitaciones en el

También analiza con detenimiento dicho precepto PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, *La Ley*, nº.8541, 2015; autor que se centra en particular en las repercusiones procesales de la obligación de intentar la mediación antes de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, desarrollando en especial las consecuencias de la falta del intento de la mediación previa y las relaciones entre ésta y el proceso judicial posterior. Asimismo MERELLES, M., “Mediación en el ámbito de los servicios bancarios y suministros básicos”, *La Ley*, nº.8532, 2015 examina tanto los requisitos subjetivos y objetivos de aplicación de la mediación hipotecaria obligatoria prevista en el Derecho catalán, como su tratamiento procesal; estudio del que concluye que, además de llevarse por delante el principio de voluntariedad en la mediación, “la reforma catalana introduce *un elemento distorsionador y de difícil encaje en las normas procesales*”.

¹⁵⁹ Interesa advertir que, con posterioridad, la Ley 24/2015, de 29 de julio, de Medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña, ha regulado un *procedimiento extrajudicial* para la resolución de la situación de sobreendeudamiento de los consumidores derivada de *una relación de consumo*. De esta manera, los consumidores, así como cualquiera de sus acreedores, pueden solicitar un procedimiento extrajudicial –una mediación– para la resolución de dicha situación salvo que se encuentren inmersos en un procedimiento concursal (art. 2.1).

Pues bien, dado que la concesión de un préstamo o crédito hipotecario para la adquisición de una vivienda es una relación de consumo, ya en la doctrina se ha evidenciado *la problemática que plantea la necesidad de conjugar* las referidas medidas previstas en la Ley 24/2015 con las disposiciones del Código de Consumo catalán sobre la mediación hipotecaria obligatoria (vid. NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda...”, *RDBB*, nº.139, 2015, pp. 47-48, n. 149).

¹⁶⁰ Recurso de inconstitucionalidad nº.5459-2015.

¹⁶¹ Cfr. STC de 22 abril 2013 (RTC 2013/92).

¹⁶² Vid. en particular, CONFORTI, Ó.D.F., “Mediación de consumo en Cataluña *versus* tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos?”, *La Ley*, nº.8534, 2015. Aludiendo concretamente al art. 132-4 del Código de Consumo de Cataluña, y tras

derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado tanto en el art. 24 CE como en el 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Sin embargo, yo creo que en sí no es inconstitucional¹⁶³. De un lado, porque la mediación hipotecaria obligatoria no impide o veda el acceso a los tribunales, no vulnera ni restringe el derecho a la tutela judicial¹⁶⁴, quedando expedita esta vía judicial si no se alcanza acuerdo¹⁶⁵.

plantearse si “es constitucional la obligación de mediar antes de litigar” y “cómo encaja constitucionalmente la obligación de iniciar un proceso de mediación previo a acudir a la vía jurisdiccional”, el citado autor concluye que “la obligatoriedad de iniciar un proceso de mediación de forma previa para acudir a la jurisdicción *no es un requisito constitucional, y por tanto, podría configurar una violación al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción contemplado en el art. 24 CE*”.

Aunque más tibiamente, PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva...”, *La Ley*, nº.8541, 2015 considera, con carácter general, que la mediación obligatoria está llamada a “*a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia*”.

¹⁶³ Especialmente si la norma se aplica hacia el futuro y no de forma retroactiva.

¹⁶⁴ En este sentido, la Sentencia del TJUE de 18 marzo 2010 (TJCE 2010\781) –al hilo de la resolución extrajudicial de litigios en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores, conforme a la Directiva 2002/22/CE– declaró que el hecho de que una normativa nacional haya dispuesto la obligatoriedad del recurso a un procedimiento de ADR con carácter previo al ejercicio de una acción judicial *no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva* (siempre que, entre otros requisitos, no implique un retraso sustancial a la vía judicial, suspenda la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos o estos sean poco significativos).

¹⁶⁵ También se decantan por afirmar rotundamente la inexistencia de vulneración alguna del derecho de acceso a los tribunales, ADAN DOMENECH, F., “¿Instauración de una ejecución hipotecaria especial en Cataluña?”, *La Ley*, nº.8631, 2015; y NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda...”, *RDBB*, nº.139, 2015, p. 49.

Contrarios a que la mediación obligatoria constituya una traba al acceso a la justicia se muestran igualmente GINEBRA MOLINS, M^a.E./TARABAL BOSCH, J., “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, *InDret*, nº.4, 2013. Aun partiendo de que “la voluntariedad constituye la esencia de la mediación” y es “uno de sus principios nucleares, si no el primordial” (p. 4), y pese a que mediación y obligatoriedad pudieran parecer conceptos antitéticos (p. 6), puntualizan dichos autores que tal principio es susceptible de ciertas modulaciones respecto al inicio del procedimiento; ductilidad que se manifiesta, precisamente, en la llamada “mediación obligatoria” (*mandatory mediation*). Sin embargo –explican–, *sostener que la mediación obligatoria representa un obstáculo para el acceso a los tribunales o que es impeditiva de la efectiva tutela judicial de los ciudadanos “no deja de ser una falacia”* (pp. 19-20 y 27), pues –sin perjuicio de la imposición legal de *intentar* la mediación– la naturaleza intrínsecamente voluntaria de esta figura no admite ningún tipo de interferencia en cuanto a la libertad de las partes de desistir o abandonar el proceso de mediación en cualquier momento o de alcanzar o no un acuerdo (pp. 4, 20, 27).

De otro lado, y sin perjuicio de las diferencias, más o menos sutiles, entre conciliación y mediación¹⁶⁶, cabe recordar que ya en el ámbito de ciertos procesos laborales¹⁶⁷ se impone un trámite previo de conciliación obligatoria¹⁶⁸.

Pero además, y aunque es cierto que el art. 131-1 del Código de Consumo catalán comienza afirmando que la sumisión a los sistemas extrajudiciales es *voluntaria* y el art. 132-2.1 y 2 incluye expresamente la *voluntariedad* entre los principios rectores de la mediación de consumo –lo que entraña una cierta contradicción con lo luego dispuesto en el art. 132-4 que ahora nos ocupa–, en verdad la previsión de una mediación hipotecaria preceptiva *no es contraria a la normativa europea* en la materia: en concreto, no se opone a la Directiva 11/2013¹⁶⁹, que admite que los sistemas ADR para la resolución de conflictos de consumo se implementen en los Estados miembros con carácter ya voluntario, ya obligatorio (Considerandos 45º y 49º y art. 1); ni tampoco contradice la Directiva 17/2014 que, para los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, alude

¹⁶⁶ Aun no siendo completamente pacífica su distinción, y sin perjuicio de las polémicas doctrinales acerca de los concretos límites entre conciliación y mediación, se halla relativamente extendida la opinión de que los criterios básicos para su diferenciación estribarían en *la cualidad* del tercero ante quien se intenta la avenencia, así como en el rol que el mismo adopta y la intensidad de su respectivo *grado de participación* en una y otra modalidad extrajudicial de resolución del conflicto. Vid. BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos: Alternative Disputes Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 81; MARCOS FRANCISCO, D., “El arbitraje de consumo como medio extrajudicial...”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, nº.1, 2011, p. 259; HINOJOSA SEGOVIA, R., *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, p. 169; CUCARELLA GALIANA, L.A., “La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso”, *RGDProc.*, nº.26, 2012; CANO GALÁN, Y., “Conflictos laborales y su solución”, en MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., *Práctica Procesal Laboral*, T.I, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 132-133; y ampliamente sobre el tema, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, León, Eolas, 2014.

¹⁶⁷ Vid. arts. 63 a 68 (en especial, art. 66.1) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

¹⁶⁸ Interesa recordar que el Defensor del Pueblo, en su Informe de 25 de enero de 2012 «*Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*», incluyó –como Recomendación 4.2.6– el “Intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias”, afirmando que “sería deseable que *antes de acudir al procedimiento judicial elegido se establezca la obligación de intento de conciliación previa, al igual que existe en otros procesos judiciales*”. Asimismo en la actualización de 9 de abril de 2013 de dicho Informe, se indica que el Defensor del Pueblo volvió a insistir en noviembre de 2012 en la recomendación de “*establecer la necesidad de un acto previo de conciliación, como requisito de procedibilidad para la ejecución hipotecaria, en el que el juez esté dotado de la facultad de imponer un acuerdo razonable*”.

¹⁶⁹ Comparten esta opinión BARRAL VIÑALS, I., “Si no queda satisfecho...”, *Revista CESCO*, nº.14, 2015, pp. 4-5; y NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda...”, *RDBB*, nº.139, 2015, p. 49.

expresamente en el Considerando 77º a que la participación de los prestamistas en dichos procedimientos extrajudiciales “no sea facultativa”¹⁷⁰.

Cuestión diferente a la de su posibilidad y legitimidad jurídica es –aunque esto ya sea otro cantar– la de la mayor o menor *conveniencia* de imponer esa obligatoriedad¹⁷¹. Y es que si finalmente la entidad bancaria no se aviene al acuerdo, ese proceso de mediación hipotecaria infructuoso, en lugar de acelerar la solución del conflicto, la habrá demorado, ralentizado o retrasado en alguna medida¹⁷² –pues,

¹⁷⁰ Con carácter general, la propia Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles –aun partiendo de la voluntariedad de la mediación [art. 3.a) y Considerando 13º]– deja un amplio margen a los legisladores nacionales para elegir el modelo, permitiendo que “el procedimiento sea iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro” [art. 3.a)]; es decir, que tenga carácter voluntario o carácter obligatorio. De ahí que, como explican GINEBRA, M^a.E./TARABAL, J., “La obligatoriedad de la mediación...”, *InDret*, n.º.4, 2013, pp. 5-6, “la neutralidad de la Directiva admite que la mediación se configure como obligatoria” y permite, pues, que la ley ordene el intento de mediación como requisito de procedibilidad, como paso previo necesario antes de acudir a los tribunales. Vid. igualmente NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda...”, *RDBB*, n.º.139, 2015, p. 49.

¹⁷¹ No faltan quienes sostienen que instaurar en España la mediación hipotecaria obligatoria con carácter previo al proceso de ejecución hipotecaria “posiblemente ayude a disminuir la tensión social que existe en torno a los conflictos hipotecarios” (BASTANTE GRANELL, V., “Mediación hipotecaria...”, *Anales de Derecho*, n.º.31, 2013, p. 212). En cambio, otros autores apuestan decididamente por el carácter voluntario de la mediación y se muestran contrarios a la conveniencia de perfilarla como obligatoria. Vid. en este sentido STROIE, I.R., “¿Es viable un modelo de mediación de consumo autónomo desde el punto de vista de las materias que puedan ser objeto de mediación?”, *Revista CESCO*, n.º.14, 2015, p. 31, quien afirma que su imposición “no hace otra cosa que propiciar que la mediación sea un trámite previo vacío de contenido, pero necesario para acceder a la jurisdicción”.

Asimismo AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*; Trotta, Madrid, 2015, p. 103 escribe que “un peligro bien real de la emergente mediación en España es su desvirtuación burocrática, su conversión en un mero requisito procesal que hay que satisfacer (y costear) antes de litigar”.

¹⁷² También PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva...”, *La Ley*, n.º.8541, 2015 –haciéndose eco del Informe crítico que en su día emitiera el Consejo General del Poder Judicial acerca del Anteproyecto de la Ley estatal de mediación del año 2012 (Anteproyecto de 19 de febrero de 2010 que sí preveía la obligatoriedad del intento de mediación con carácter previo a determinados juicios verbales de escasa cuantía)– entiende que *el recurso obligatorio a la mediación “es una medida que por sí sola no favorecerá el descenso de la litigiosidad, sino que implicará una mayor dilación procedimental”*. Abundando en el riesgo de que la mediación opere como un trámite ineficaz y meramente dilatorio, recuerda el autor –de nuevo a la luz del citado Informe del CGPJ– que *“no parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando... se pueden convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas”*.

Una opinión diferente sobre el particular defienden GINEBRA MOLINS, M^a.E./TARABAL, J., “La obligatoriedad de la mediación...”, *InDret*, n.º.4, 2013. Tras

a la postre, la ejecución hipotecaria va a acabar en sede judicial–, con lo que, por otro lado, tampoco se habrá logrado el tan manido objetivo de descongestionar la justicia¹⁷³ y aligerar el volumen y sobrecarga de trabajo de nuestros colapsados tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑEN, M^a.J.: “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, en *La Ley*, n.º.8065, 18 abril 2013.

- “Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos”, en *La Ley*, n.º.8087, 21 mayo 2013.
- “Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada STJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras”, en *La Ley*, n.º.8473, 4 febrero 2015.

recordar que, por mor del carácter autocompositivo de la mediación, la imposición legal de acudir a ella no garantiza la resolución del conflicto por vía de acuerdo, dichos autores se plantean hasta qué punto la mediación preceptiva no sería un rodeo ocioso y la utilidad efectiva de la figura no quedaría en entredicho (p. 20). A fin de dar una respuesta –negativa– a este interrogante, y si bien comienzan por reconocer que se producirá un “retraso de la solución jurisdiccional en caso de que finalmente las partes terminen resolviendo sus diferencias ante los tribunales” (p. 24), GINEBRA y TARABAL se decantan finalmente por restar valor a ese argumento contrario a la conveniencia de la mediación obligatoria, afirmando que “considerar que pueda suponer un retraso *relevante*” al acceso a los tribunales es “una falacia” (pp. 20 y 27). Por otra parte, a su juicio, y como contrapunto que serviría para compensar sobradamente el riesgo de dicho retraso, concluyen que “los beneficios de la mediación pueden convencer incluso a los más escépticos si entran en contacto con ella”: “el mero hecho de tener que intentarla puede ¿por qué no? contribuir a convencer a las partes de la bondad de resolver sus diferencias por esta vía”, y es que “incluso partes inicialmente reticentes acaban valorando positivamente intentarla después de ser «obligadas» a ello” (pp. 21 y 23).

En una línea similar, y refiriéndose concretamente a la mediación hipotecaria obligatoria establecida en el Derecho catalán, apuntan NASARRE, S./SIMÓN, H., “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda...”, *RDBB*, n.º.139, 2015, p. 50 que, dado que el párr. 3 del art. 132-4 del Código de Consumo de Cataluña establece un “plazo de tres meses” para alcanzar, en su caso, un acuerdo de mediación, ese periodo tiempo “no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial”.

¹⁷³ Recoge este objetivo expresamente, p.ej. la Parte Expositiva del ya citado Decreto 12/2015 por el que se crea el Centro aragonés de coordinación en materia de mediación y el Registro de mediadores e Instituciones de mediación de Aragón y se establecen medidas de fomento de la mediación.

- “Comentario crítico de las modificaciones introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 19/2015, de 13 de julio”, en *La Ley*, nº.8619, 2 octubre 2015.

ADAN DOMENECH, F.: “¿Instauración de una ejecución hipotecaria especial en Cataluña?”, en *La Ley*, nº.8631, 23 octubre 2015.

AGÜERO ORTIZ, A.: “Comentario e interpretación de la nueva Directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una Directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 15 julio 2014 (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/15j.pdf>).

- “«Sinhogarismo»: Estrategia Nacional Integral para personas sin hogar 2015-2020”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 22 noviembre 2015 (www.uclm.es/centro/cesco).

- “Nueva Sección dedicada al Código de Buenas Prácticas Bancarias en la Web del Ministerio de Economía y Competitividad”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 18 febrero 2016 (www.uclm.es/centro/cesco).

AGUILAR OLIVARES, Y.: “Un paso más hacia el consumidor europeo: la nueva regulación de los ADR de consumo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.14, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

AGUILÓ REGLA, J.: *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*; Trotta, Madrid, 2015.

ALASTRUEY, R.: “La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.46, noviembre-diciembre 2012.

ALCALÁ DÍAZ, M^a.Á.: *La protección del deudor hipotecario: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

- “La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor”, en *La Notaría*, nº.2, 2013.

- “La reforma de la normativa de protección del deudor hipotecario”, en *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, coord. por ALCALÁ DÍAZ, M^a.Á., Madrid, Dykinson, 2014.

ALONSO PÉREZ, M^a.T.: “Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados (en particular, su posible carácter abusivo)”, en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, dir. por ALONSO PÉREZ, M^a.T., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

- “El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual (Naturaleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares)”, en *Revista de Derecho Civil*, nº.2, abril-junio 2015.
- ÁLVAREZ LATA, N.: “Notas a la STJUE de 18 de diciembre 2014 (asunto C-449/13, Ca Consumer Finance SA vs I. Bakkaus; Mr. & Mrs. Bonato). Obligaciones derivadas del principio de crédito responsable: primeras interpretaciones del TJUE”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.13, 2015 (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/5.pdf>).
- ÁLVAREZ MORENO, M^a.T.: “Aproximación a la normativa sobre mediación en litigios de consumo”, en *Revista de Derecho Privado*, nº.100, enero-febrero 2016.
- ÁLVAREZ OLALLA, M^a.P.: “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.10, 2012.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.36, marzo-abril 2011.
- “De nuevo en apoyo del deudor hipotecario. EL RDL 6/2012 y su Código de Buenas Prácticas”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.42, mayo-abril 2012.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.: “Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *La Ley*, nº.4, 2004.
- “Procedimiento arbitral en la Ley de Arbitraje 60/2003 y supletoriedad en el arbitraje de consumo”, en AA.VV. *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dir. por ARIZA COLMENAREJO, M^a.J./GALÁN GONZÁLEZ, C., Madrid, Reus, 2009.
- ÁLVAREZ VEGA, M^a.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2010.
- ANGUITA RÍOS, R.M^a.: “De las reformas hipotecarias y otras alternativas”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.745, 2014.
- ANTA GONZÁLEZ, J.F.: “Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, en *La Ley*, nº.8237, 27 enero 2014.
- ANTONIAZZI, C.: “Consideraciones acerca de la mediación ante la crisis económico-social actual”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº.17, 2009.
- BALLUGUERA GOMEZ, C.: “El servicio de ayuda al sobreendeudamiento familiar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios”, Bilbao, 26 abril 2012 (www.notariosyregistradores.com).
- “Tope máximo de intereses de demora”, en *Revista de Derecho Civil*, nº.1, enero-marzo 2014.

- BANACLOCHE PALAO, J.: “Cláusulas abusivas y suspensión de la ejecución hipotecaria”, en *La Ley*, nº.8312, 2014.
- BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos: Alternative Disputes Resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BARRAL VIÑALS, I.: “El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario”, en LAUROBA LACASA, E. (Directora)/ TARABAL BOSCH, J. (Coordinador), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, en *Revista de Derecho Privado*, nº.2, marzo-abril 2015.
 - “Si no queda satisfecho... ¡reclame!: El futuro de la resolución de conflictos de consumo”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.14, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- BASSOLS COMA, M.: “El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº.1, 2011.
- BASTANTE GRANELL, V.: “Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, en *Anales de Derecho*, nº.31, 2013 (<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>).
- BATALLA CARILLA, J.L.: “El sistema no se hunde”, en *Registadores de España*, nº.64, 2013.
- BEL I QUERALT, G./ESTRUCH MANJÓN, A.: “Crisis financiera y regulación. Tentación, pecado, penitencia y propósito de la enmienda”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº.4, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “El eco de la campanada”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.9, 2013.
- BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica”, en *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº.58, 2012.
- “La vivienda hipotecada en la actual situación de crisis económica”, en LAUROBA LACASA, E. (Directora)/ TARABAL BOSCH, J. (Coordinador), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
 - “La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala primera, de 14 de marzo de 2013”, en *Revista Aranzadi doctrinal*, nº.2, mayo 2013 (westlaw BIB 2013\890).

- BLANCO CARRASCO, M.: “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2009.
- BLANCO GARCÍA, A.I.: “El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo y su encaje en el sector financiero”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º.15, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- “La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º.2, 2015.
- BUSTO LAGO, J.M.: “El control judicial del laudo arbitral de consumo en el procedimiento de ejecución”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º.7, 2010 (Westlaw, BIB 2010, 2168).
- CALATAYUD CROS, L.: “Para que la mediación eche raíces precisa profesionales bien formados”, en *Blog de la Universidad Internacional Valencia (VIU)*, 18 febrero 2016 (<http://www.viu.es/mediacion-precisa-profesionales-bien-formados/>).
- CALVO HORNERO, A.: “La crisis de las hipotecas *subprime* y el riesgo de *credit crunch*”, en *Revista de Economía Mundial*, n.º.18, 2008.
- CALVO SÁNCHEZ, M^a.C.: “Prólogo”, en MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, CGPJ, 2010.
- CANO GALÁN, Y.: “Conflictos laborales y su solución”, en MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. (Dir.), *Práctica Procesal Laboral*, T.I, Barcelona, Bosch, 2007.
- CARRASCO PERERA, Á.: “Tipo para subastas hipotecarias, rehabilitaciones, declaraciones de obra nueva y otras regulaciones inmobiliarias en el RD-Ley 8/2011”, en *La Ley*, n.º.7698, 20 septiembre 2011.
- “Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º.842, 2012.
- “La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º.854, 5 diciembre 2012.
- “La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2013 (www.uclm.es/centro/cesco).
- “Hipotecas sin desahucios”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, dir. por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I./OLMEDO CARDENETE, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- “Presentación”, en MENDOZA LOSANA, A.I./GARCÍA MONTORO, L., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor” (Acta del curso de

- verano 2015, 2 y 3 de julio 2015, Cuenca), en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.14, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- CARRASCO PERERA, Á./LYCZKOWSKA, K.: “Un nuevo (y esta vez defectuoso) pronunciamiento del TJUE sobre el procedimiento hipotecario español”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 21 julio 2014 (www.uclm.es/centro/cesco).
- CASADO CERVIÑO, A.: “El arbitraje de consumo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S., Madrid, Marcial Pons, 2006.
- CASADO NAVARRO, A: “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, en *La Ley*, nº.8636, 2 noviembre 2015.
- CASARES PINAL, M.C.: “Mediación en materia hipotecaria”, en *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, dir. por CASTILLEJO MANZANARES y coord. por TORRADO TARRÍO, C., La Ley, Madrid, 2013.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca. Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- CATALÁN CHAMORRO, M^a.J.: “Reflexiones críticas en torno al Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº.3, agosto 2015.
- CATENA REAL, R.: “La reciente normativa en materia de transparencia referida a los préstamos hipotecarios”, en *La Ley*, nº.8402, 2014.
- CEBALLOS PEÑA, D.: “La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social”, en *Revista de Mediación*, nº.12, 2º semestre 2013 (revistademediacion.imotiva.es).
- COBAS COBIELLA, M^a.E.: “La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión”, en *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*. Comentarios y casos prácticos, nº.160, mayo 2014.
- CONFORTI, Ó.D.F.: “Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos?”, en *La Ley*, nº.8534, 7 mayo 2015.
- CORDERO LOBATO, E.: “Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-Ley 27/2012”, en *La Ley*, nº.7973, 2012.
- “La paralización de desahucios hipotecarios (RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los

- deudores hipotecarios)", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.4, 2012 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- "Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.2, 2013 (westlaw BIB 2013\895).
 - "Y ahora viene lo difícil: ¿Cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.5, 2013.
- COUSO PASCUAL, J.R.: "La ejecución hipotecaria tras la Ley 1/2013", en *El Notario del siglo XXI*, nº.49, mayo-junio 2013.
- CREUTZFELDT, N., "Alternative Dispute Resolution for Consumers", en STÜRNER, M./GASCÓN INCHAUSTI, F./CAPONI, E. (editores), *The role of consumer ADR in the Administration of justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, München, Sellier European Law Publishers, 2015.
- CRUZ ZABAL, M./COBAS COBIELLA, M^a.E.: "¿Mediación Hipotecaria o Intermediación Hipotecaria?", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad*, coord. por BARONA VILAR, S./ORTEGA GIMÉNEZ, A./COBAS COBIELLA, M^a.E., Madrid, Difusión Jurídica, 2013.
- CUCARELLA GALIANA, L.A.: "La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso", en *Revista General de Derecho Procesal*, nº.26, enero 2012.
- CUENA CASAS, M.: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº.20, 2013.
- CUÑAT EDO, E.: "Reflexiones sobre las reglas de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios", en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Dr. José Antonio Gómez Segade*, coord. por TOBÍO RIBAS, A.M^a., T.I, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M^a.S.: "La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.4, 2012 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- DE LA PEÑA, L./LÓPEZ-FRÍAS, J.: "Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº.130, 2013.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y./RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: "Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios", en *Revista General de Derecho Procesal*, nº.31, 2013.
- DÍAZ ALABART, S.: "El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo", en AA.VV. (editor: FLORENSA I TOMÁS, C.E.), *El arbitraje de consumo: una*

- nueva dimensión del arbitraje de derecho privado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- DÍAZ FRAILE, J.M^a.: “Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º.732, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H.: “Admisión e inadmisión a trámite de solicitudes de arbitraje de consumo”, en *Aranzadi Civil*, n.º.14, diciembre 2007.
- *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Madrid, Reus, 2012.
- “Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el art. 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (De los AATC 70/2014, 71/2014, 111/2014, 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de julio de 2014)”, en *Derecho Privado y Constitución*, n.º.28, 2014.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Hipoteca de vivienda y otras hipotecas desde la perspectiva bancaria”, en LAUROBA LACASA, E. (Directora)/ TARABAL BOSCH, J. (Coordinador), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “El control judicial de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º.35, enero 2015.
- EMBED IRUJO, A.: *El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- ESPLUGUES MOTA, C.: “Comentario al art. 34”, en S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, coord. por S. BARONA VILAR, Madrid, Civitas, 2004.
- ESTRADA ALONSO, E./FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: “El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º.737, 2013.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (Director): *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación. ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I./IZQUIERDO BLANCO, P./SERRA RODRÍGUEZ, A./SOLER SOLÉ, G.: *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, Barcelona, Bosch, 2014.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, en *La Ley*, n.º.8537, 12 mayo 2015.

- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales”, en *La Ley*, nº.8529, 29 abril 2015.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, Barcelona, Bosch, 2013.
- FLORENSA I TOMÁS, C.E.: “Prólogo”, en AA.VV. (editor: FLORENSA I TOMÁS, C.E.), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- FLORES DOÑA, M^a. de la S./RAGA GIL, J.T. (Directores), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, coord. por CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y BERROCAL LANZAROT, A.I., Madrid, Dykinson, 2016.
- FODDAI, M^a.A.: “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, coord. por GARCÍA VILLALUENGA, L./TOMILLO URBINA, J./VÁZQUEZ DE CASTRO, E./FERNÁNDEZ CANALES, C., Vol.1 (Mediación), Madrid, Reus, 2010.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *La reforma de la ejecución y del desahucio hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, M^a.R., “¿Para qué necesito un mediador si puedo negociar por mí mismo?”, en *La Ley*, nº.8087, 21 mayo 2013.
- GARCÍA CRESPO, J.M.: “Mercado hipotecario y seguridad jurídica”, en *La Ley*, nº.7661, 28 junio 2011.
- GARCÍA DE PABLOS, J.F.: “La protección de los deudores hipotecarios sin recursos”, en *La Ley*, nº.7819, 15 marzo 2012.
- “La nueva protección a los deudores hipotecarios”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº.865, 2013.
- GARCÍA MÁZ, F.: “Ejecución de acuerdos alcanzados en mecanismos alternativos de resolución de conflictos y mecanismo de segunda oportunidad para el consumidor insolvente del artículo 242 bis de la Ley Concursal”, en MENDOZA LOSANA, A.I./GARCÍA MONTORO, L., “Mecanismos alternativos de solución de conflictos: Vías eficientes y sostenibles para tutelar los derechos del consumidor” (Acta del curso de verano 2015, 2 y 3 de julio 2015, Cuenca), en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.14, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).
- GARCÍA MONTALVO, J.: *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero*, Barcelona, Bosch, 2008.
- GARCÍA MONTORO, L., “«Nuevo» modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo. Especial referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.14, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

- “La conciliación en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 12 octubre 2015 (<http://www.uclm.es/centro/cesco>).
- GARCÍA RUBIO, M^a.P.: “La obligación a cargo del profesional de evaluar la solvencia del consumidor prestatario”, en *La Ley-Unión Europea*, n.º.16, 2014.
- GÁZQUEZ SERRANO, L.: “Las cláusulas arbitrales en los contratos de arrendamientos urbanos”, en *Actualidad Civil*, n.º.21-22, 2012.
- GINEBRA MOLINS, M^a.E./TARABAL BOSCH, J.: “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, en *InDret*, n.º.4, octubre 2013.
- GOMÁ LANZÓN, F.: “Análisis y crítica de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia en los servicios bancarios”, en *El Notario del siglo XXI*, n.º.40, noviembre-diciembre 2011.
- GÓMEZ LOZANO, M^a.M.: “Las medidas de protección del consumidor en la fase previa de contratación de préstamos hipotecarios: de la normativa española a la comunitaria”, en AA.VV. *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, dir. por MIRANDA SERRANO, L.M., Madrid, Lustel, 2015.
- GONZÁLEZ CASSO, J.: “Otro puyazo a nuestro legislador. Comentario a la sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015”, en *La Ley*, n.º.8670, 22 diciembre 2015.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S.: “Debate global con un claro análisis coste-beneficio”, en *Escritura Pública*, n.º.12, marzo-abril 2013.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A.: “Comentario a los arts. 1 a 8 de la Ley 60/2003”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coord. por MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S., Madrid, Marcial Pons, 2006.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E.: “El nuevo régimen de protección precontractual en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios”, en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, dir. por ALONSO PÉREZ, M^a.T., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- HINOJOSA SEGOVIA, R.: *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.
- HUALDE MANSO, T.: “Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º.2, mayo 2013.
- IGLESIAS ROSADO, G.: “Vías legales eficaces frente a los lanzamientos hipotecarios”, en *La Ley*, n.º.8074, 2 mayo 2013.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: “Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por las entidades de crédito”, en *Derecho de la*

regulación económica, X, Sistema bancario, dir. por MUÑOZ MACHADO, S./VEGA SERRANO, J.M., Madrid, Iustel, 2013.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A.: “La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, anti-desahucios”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.739, 2013.

JIMÉNEZ SEGADO, C.: *Guía procesal ante el desahucio hipotecario*, Madrid, Dykinson, 2015.

JUAN GÓMEZ, M.: “Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.739, 2013.

LACRUZ MANTECÓN, M.L.: “La moderna dación en pago”, en *Revista de Derecho Civil*, nº.3, julio-septiembre 2014.

LAFUENTE TORRALBA, A.J.: “El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal”, en *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, dir. por ALONSO PÉREZ, M^a.T., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

- “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente”, en *Revista de Derecho Civil*, nº.2, abril-junio 2015 (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>).

LAPARRA, M./PÉREZ ERANSUS, B. (Coordinadores): *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España*, Colección Estudios Sociales, nº.35, Edit. Obra Social de La Caixa, Barcelona, 2012.

LAUROBA LACASA, E.: “La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial”, en LAUROBA LACASA, E. (Directora)/ TARABAL BOSCH, J. (Coordinador), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

LAUROBA LACASA, E./ORTUÑO MUÑOZ, P. (Coordinadores), “Experiencias de Tribunales en mediación”, en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Editorial Huygens, Barcelona, 2015.

LLEDÓ YAGÜE, F.: “Algunas notas de interés en la tramitación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social. Y reflexiones a «vuela pluma» sobre cuestiones «técnicas» que plantea la ley”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, dir. por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I./OLMEDO CARDENETE, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

- LÓPEZ AZCONA, A.: “El ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios y sus (restrictivos) criterios delimitadores”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº.1, enero-marzo 2015.
- LÓPEZ BARBA, E.: “La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº.30, 2013 (Westlaw, BIB 2013\520).
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. (Director): *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 2013.
- “Revisión del marco jurídico hipotecario: condicionantes, limitaciones y consecuencias no deseadas”, en *La Ley*, nº.8063, 16 abril 2013.
- LYCZKOWSKA, K.: “El TJUE confirma que la regulación española actual de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria es conforme al Derecho comunitario. Auto TJUE (Sala Primera) de 16 de julio de 2015 (asunto C-539/14)”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 28 agosto 2015 (www.uclm.es/centro/cesco).
- “El plazo para oponerse a la ejecución establecido por la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013 se opone a la normativa comunitaria. ¿La ignorancia de las leyes exime a los consumidores de su cumplimiento?”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 9 noviembre 2015 (www.uclm.es/centro/cesco).
 - “¿Quedan todavía cláusulas de vencimiento anticipado no abusivas?”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 25 noviembre 2015 (www.uclm.es/centro/cesco).
- MARCOS FRANCISCO, D.: “Nueva perspectiva del arbitraje de consumo a la luz del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº.16, 2008.
- *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
 - “El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, nº.1, 2011.
 - “Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección”, en *InDret*, nº.3, julio 2015.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo: cuarenta y tres cuestiones controvertidas”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 2006 (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/3/2006/3-2006.1.pdf>).
- “Los intereses moratorios abusivos e intereses moratorios ilegales en la Ley 1/2013”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 11 octubre 2013 (<http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/10.pdf>).

- MARTÍN DIZ, F.: “Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria”, en *La Ley*, nº.7126, 3 marzo 2009.
- MARTÍN FABA, J.M^a.: “Nuevas medidas contra el sobreendeudamiento del consumidor en la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña”, en *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 15 octubre 2015 (www.uclm.es/centro/cesco).
- MARTÍN MATEO, R.: *La gallina de los huevos de cemento*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- MARTÍN PASTOR, J.: “La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social”, en *La Ley*, nº.8085, 17 mayo 2013.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: *Sobre la ejecución hipotecaria inmobiliaria, ¿Puede evitarse la ruina del ejecutado?*, Ediciones Foro Jurídico, Valencia, 2013.
- “El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *La Ley*, nº.8699, 10 febrero 2016.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, en AA.VV. *Cláusulas suelo: ¿Se puede negociar con el banco?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.5, 2013.
- MERELLES PÉREZ, M.: “Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación”, en *La Ley*, nº.8490, 27 febrero 2015.
- “Mediación en el ámbito de los servicios bancarios y suministros básicos”, en *La Ley*, nº.8532, 5 mayo 2015.
- “La mediación como requisito previo de admisión de la demanda”, en *La Ley*, nº.8682, 15 enero 2016.
- MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*, Madrid, Editorial Francis Lefevre, 2013.
- MIRALBELL GUERIN, L.M., “El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas”, en *La Ley*, nº.8214, 18 diciembre 2013.
- MIRANDA SERRANO, L.M.: “Operaciones y contratos bancarios”, en AA.VV. *Derecho Mercantil*, Vol.7º (*La contratación bancaria*), dir. por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., 15ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013.
- MOLLAR Y PIQUER, M^a.P./VILAR GONZÁLEZ, S.: “El consumidor frente a la ejecución hipotecaria”, en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, nº.46, 2013.

- MONDÉJAR PEÑA, M.I.: “La protección de los deudores hipotecarios frente a las ejecuciones hipotecarias de viviendas en tiempos de crisis”, en LAUROBA LACASA, E. (Directora)/ TARABAL BOSCH, J. (Coordinador), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- “La protección de los deudores hipotecarios frente a las ejecuciones hipotecarias”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, dir. por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I./OLMEDO CARDENETE, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- MORALES MUÑOZ, E.: “Arbitraje. Concepto. Naturaleza. Fundamento. Clases. Arbitrajes especiales”, en *Actualidad Civil*, nº.17, 2007.
- MORENO GARCÍA, L.: *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.
- MUNAR BERNAT, P.: “Códigos de Buenas Prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago”, en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, dir. por NÚÑEZ IGLESIAS, Á. y coord. por ESCARTÍN IPIENS, J.A./MARTOS CALABRÚS, M^a.A., Granada, Comares, 2014.
- NASARRE AZNAR, S.: “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.727, 2011.
- “La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria”, en *Teoría y derecho*, nº.16, 2014.
- “A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain”, en KENNA, P. (Editor), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, Londres, 2014.
- NASARRE AZNAR, S./SIMÓN MORENO, H.: “Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº.139, julio-septiembre 2015.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Á.: “La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria”, en *Revista de Derecho Civil*, nº.1, enero-marzo 2014 (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>).
- ORDÁS ALONSO, M.: “Comentario al artículo 4.5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 6^a ed., 2013.
- PARDO IRANZO, V.: *La ejecución del acuerdo de mediación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- PÉREZ CONESA, C.: “STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14): el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a un sistema de procedimiento de

ejecución hipotecaria, como el español, en el que el deudor ejecutado no puede recurrir en apelación contra la resolución que desestima su oposición a la ejecución”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.8, diciembre 2014.

- “Cláusulas abusivas, préstamo hipotecario y legislación interna: su reforma «a remolque» de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.5, julio 2015.

PÉREZ DAUDÍ, V.: “Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria”, en *La Ley*, nº.8391, 3 octubre 2014.

- “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, en *La Ley*, nº.8541, 18 mayo 2015.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: “La protección del consumidor en la contratación bancaria”, en AA.VV. *Derecho (privado) de los consumidores*, dir. por MIRANDA SERRANO. L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., Madrid, Marcial Pons, 2012.

PÉREZ HERESA, J.: “¿Apoyo al deudor hipotecario? Legislar a base de parches: el Real Decreto-Ley 8/2011”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.39, septiembre-octubre 2011.

- “Propuestas para la protección del deudor hipotecario”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.41, enero-febrero 2012.
- “¿Una Ley definitiva para la protección del deudor hipotecario?”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.49, mayo-junio 2013.
- “Las ejecuciones hipotecarias: tres decretos leyes y todavía a la espera de una reforma integral”, en *El Notario del siglo XXI*, nº.46, noviembre-diciembre 2012.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *Indret*, nº.3, 2013.

- “Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, dir. por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I./OLMEDO CARDENETE, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

PRATS ALBENTOSA, L.: “Conflictos entre particulares, solución entre particulares: la conciliación”, en *Escritura Pública*, nº.95, septiembre-octubre 2015.

RAMOS HERRANZ, I.: “Directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles”, en *Revista de Derecho de los Negocios*, nº.248, 2011.

RECARTE GARCÍA-ANDRADE, A.: “La crisis financiera internacional y el crack financiero español”, en *La Ilustración liberal: revista española y americana*, nº.37, 2008.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: “Ejecuciones hipotecarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº.1, 2012.

- RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M.: “Los asuntos Sánchez Morcillo: el recurso de apelación en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho de la UE”, en *La Ley*, nº.8613, 25 septiembre 2015.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J.: “Ejecuciones hipotecarias. Un año de la Ley 1/2013”, en *Revista de Derecho Civil*, nº.3, julio-septiembre 2014.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “Los desahucios hipotecarios en España. Análisis desde una perspectiva legal y judicial”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, dir. por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I./OLMEDO CARDENETE, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F.: “La nueva ley de protección de los deudores hipotecarios: poco más (y de lo mismo)”, en *¿Hay Derecho?*, 13 mayo 2013 (<http://hayderecho.com/2013/05/13>).
- ROJO FERNANDEZ-RÍO, Á.J.: “Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores)*, TOMILLO URBINA, J./ÁLVAREZ RUBIO, J., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.
- ROY PÉREZ, C.: “La protección del consumidor en la contratación de productos y servicios bancarios: el crédito hipotecario”, en LAUROBA LACASA, E. (Directora)/ TARABAL BOSCH, J. (Coordinador), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- SABATER BAYLE, E.: “Intereses moratorios en contrato de préstamo hipotecario, Cláusula abusiva. Nulidad o moderación judicial (Comentario a la STJUE, Sala Primera, de 21 de enero 2015, Caso Unicaja Banco, S.A. y Otros v. José Hidalgo Rueda y Otros)”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº.3, mayo 2015.
- SAMANES ARA, C.: “La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, en AA.VV. *Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo*, Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón, 2005.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.M^a.: “Legislación continuada de protección de los deudores hipotecarios hasta la Ley 1/2013”, en *La Notaría*, nº.1, 2014.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Garantía hipotecaria, mercado y crisis económica: bases para su reformulación”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº.35, septiembre-diciembre 2014.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: “Introducción. Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos)”, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias (un drama social y un problema legal)*, dir. por SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I./OLMEDO CARDENETE, M., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (Director): *La solución extrajudicial de los conflictos laborales (Los sistemas autonómicos de solución de conflictos en España)*,

coord. por FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J./GARCÍA RODRÍGUEZ, B./MIÑARRO YANINI, M., León, Eolas Ediciones, 2014.

SENÉS MOTILLA, C.: “La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria”, en *La protección del deudor hipotecario Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, dir. por NÚÑEZ IGLESIAS, Á. y coord. por ESCARTÍN IPIÉNS, J.A./MARTOS CALABRÚS, M.A., Granada, Comares, 2014.

SERRANO GARCÍA, I.: “Soluciones legales en materia de desahucios en España”, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº.86-87, abril/junio – julio/septiembre 2013.

SOSA WAGNER, F./FUERTES, M.: *Bancarrotas del Estado y Europea como contexto*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcials Pons, 2011.

STROIE, I.R.: “Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.7, 2013 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

- “¿Es viable un modelo de mediación de consumo autónomo desde el punto de vista de las materias que puedan ser objeto de mediación?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº.14, 2015 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

STÜRNER, M.: “ADR and adjudication by State Courts: competitors or complements?”, en STÜRNER, M./GASCÓN INCHAUSTI, F./CAPONI, E. (editores), *The role of consumer ADR in the Administration of justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, München, Sellier European Law Publishers, 2015.

TAMAYO HAYA, S.: “La mediación aplicada al sobreendeudamiento del consumidor”, en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, coord. por GARCÍA VILLALUENGA, L./TOMILLO URBINA, J./VÁZQUEZ DE CASTRO, E./FERNÁNDEZ CANALES, C., Vol.1 (Mediación), Madrid, Reus, 2010.

TASENDE CALVO, J.J.: “El arbitraje de consumo: Objeto y exclusiones: El arbitraje de arrendamientos urbanos y el de transporte”, en *Actualidad Civil*, nº.4, 1997.

TORRES ESCÁMEZ, S.: “Protección del deudor hipotecario y principios jurídicos”, en *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, dir. por NÚÑEZ IGLESIAS, Á. y coord. por ESCARTÍN IPIÉNS, J.A./MARTOS CALABRÚS, M^a.A., Granada, Comares, 2014.

TORTELLA, G./NÚÑEZ, C.E.: *Para comprender la crisis*, Madrid, Gadir, 2009.

- TRUCHERO CUEVAS, J.: “Cuando el incentivo es no pactar”, en *La Ley*, nº.8507, 25 marzo 2015.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F.: “La Directiva europea sobre resolución alternativa de litigios (ADR) en materia de consumo”, en *Justicia: Revista de derecho procesal*, nº.2, diciembre 2014.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á.: “Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.753, 2013.
- VALIÑO, V.: “Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”, Observatorio DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), septiembre 2009 (www.descweb.org).
- VALL RIUS, A.: “La intermediación en problemáticas hipotecarias”, en *Revista Digital MM*, nº.2, diciembre 2012 (www.mundomediacion.es).
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “La negociación y mediación hipotecaria”, en *Anuario de mediación y solución de conflictos*, nº.1, 2013.
- “La solución negociada ante la ejecución hipotecaria”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº.740, 2013.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D.: “El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores”, en *Códigos de Conducta y préstamos hipotecarios*, coord. por DÍAZ RUIZ, E., Madrid, Dykinson, 2013.
- VIGUER SOLER, P.L.: “Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre «segunda oportunidad»: expectativas, luces y sombras”, en *La Ley*, nº.8592, 29 julio 2015.
- YÚFERA SALES, P., *Arrendamientos urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 2006.
- ZUNZUNEGUI, F.: “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº.129, enero-marzo 2013.
- ZURITA MARTÍN, I.: “La suspensión de los lanzamientos sobre viviendas de colectivos especialmente vulnerables (A propósito de los presupuestos señalados en la Ley 1/2013, de 13 de mayo)”, en *Actualidad Civil*, nº.7/8, julio-agosto 2013.
- *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*, Madrid, La Ley, 2014.
- “Reflexiones sobre la ampliación del umbral de exclusión y el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas por medio del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social”, en *La Ley*, nº.8520, 16 abril 2015.

EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS (O FAMILIARES) EN ESPAÑA E IRLANDA: ANÁLISIS COMPARADO¹

Patricia Prieto Padín

Investigadora contratada predoctoral FPU del
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León, España

Resumen

El presente estudio pretende identificar (a simple golpe de vista, al tomar cuerpo de cuadro comparativo) las similitudes y las diferencias que la excedencia por cuidado de hijos y familiares presentan en los ordenamientos español e irlandés. Para ello, y después de hacer mención a la evolución normativa de estas figuras conciliatorias en ambos países se procede a analizar las categorías fundamentales que integran su estatuto común, compartido o diferenciado, así como los elementos que carecen de correspondencia, conforme aconsejan los maestros en el análisis comparado del Derecho.

■ Palabras clave:

Excedencia por
cuidado de hijos;
Excedencia por
cuidado de
familiares;
Derecho
Comparado
España-Irlanda

■ Keywords:

Parental leave;
Carer's leave;
Comparative law
Spain-Ireland

This study aims to identify (at first sight, because of it takes the shape of a comparison chart) the similarities and differences the leave to care for children and family members have in Spanish and Irish's legal systems. In this sense, and after referring to the regulatory evolution of this conciliatory figures in both countries, the study proceed to analyze the fundamental categories that make up its common statute, shared or differentiated, as well as the elements lacking of correspondence, according advise masters in the comparative analysis of the law.

Abstract

¹ Mi agradecimiento sincero al profesor doctor Anthony Kerr, por su acogida en el University College Dublin en el verano de 2015, así como la generosa disponibilidad de las responsables del programa de acogida Srtas. McCabe y Mc Cann por hacer que el trabajo fuera más sencillo. El estudio se enmarca dentro de la actividad del Proyecto Científico: *Juventud y Experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: un reto para Europa y para España. Subproyecto 1: Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2013-48120-C3-1-P).

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Abordar el estudio comparado de un instituto supone asumir el desafío no sólo de conocer y profundizar en cada uno de los ordenamientos nacionales donde se desarrolla sino de renovar y enriquecer la ciencia, con el convencimiento firme de que permanecer replegado en el sistema propio puede llevar a los juristas a “correr el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir, como es su misión, el desarrollo de su derecho”².

La aventura exige cautela; tener presente dos advertencias de quienes fueron maestros en este campo: de un lado, que “el uso del derecho comparado para propósitos prácticos se convertirá en abuso solo si aparece informado por un espíritu que ignore el contexto de la ley”³; de otro, que nunca cabrá ignorar los datos concretos nacidos de cada norma, a riesgo de convertirla en una reflexión cimienta firme⁴.

Forzosamente habrá lugar, por tanto, a un elemento de tensión, aun doble discurso en el cual, si bien la línea conductora precisará una cuota muy importante de abstracción jurídica sobre los elementos vertebradores, recurriendo a grandes categorías para ofrecer una composición unitaria (con la permeabilidad necesaria, eso sí, a los entornos histórico, institucional económico y social sobre los cuales se asientan), nunca podrá abdicar del esfuerzo por descender a los datos normativos concretos para conferir el necesario realismo, agrupando las muestras obtenidas bajo parámetros homogéneos para, en algunas ocasiones, ofrecer modelos completos; en otras, tan solo, escenas separadas por mor de la estricta peculiaridad derivada de la heterogeneidad de lo regulado o de la diacronía en su desarrollo⁵.

Para presentar los resultados obtenidos de la comparación entre la regulación en España e Irlanda de la excedencia por cuidado de hijos y familiares se ha acudido a cuanto aconsejara con su ejemplo quien tan brillantes páginas ha proporcionado al ordenamiento laboral comparado: un esquema o talla en paralelo que parta de su

² DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., México (Universidad Nacional), 2010, pág. 8.

³ KAHN-FREUND, O.: “On uses and misuses of comparative law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, núm. 1, 1974, pág. 27.

⁴ WEISS, M.: “Convergence and/or divergence in Labor Law systems?: A European perspective”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 28, 2007, págs. 469-486.

⁵ OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Transnacional del Trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pág. 18.

historia y fuentes, pase por sus causas, finalidad, dinámica ordinaria y vicisitudes y concluya analizando su extensión y consecuencias⁶.

He aquí el reto y el resultado que se ofrece a la consideración del lector.

II. CUADRO COMPARATIVO

ESPAÑA	IRLANDA
EVOLUCIÓN NORMATIVA	
<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes remotos: <ul style="list-style-type: none"> - Art. 5 Decreto 2310/70, de 20 de agosto, sobre derechos de la mujer: excedencia de exclusiva titularidad femenina de un mínimo de un año y máximo de tres desde la terminación del descanso por maternidad con derecho de preferencia para ser re-contratado cuando se produjera la primera vacante. - Art. 25.4. 2º Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales: excedencia para trabajadoras de hasta tres años desde la fecha del alumbramiento. • Precedentes en su sede actual: art. 46.3 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, extiende a los varones en igualdad de condiciones un régimen de excedencia similar a la voluntaria común. <ul style="list-style-type: none"> - Art. 1.3 Ley 3/1989, de 3 marzo, establece distintas medidas en su régimen destinado a favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; entre otras, el derecho a la reserva de puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad durante el 	<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes: <p>Las medias destinadas a la conciliación de la vida, personal, familiar y laboral como un objetivo prioritario del Estado es relativamente nuevo en Irlanda, pudiendo situar los orígenes de esta política en la segunda mitad de la década de 1990⁷. De hecho no es hasta 1998, con la promulgación de la Parental Leave Act, 1998 (No. 30) cuando se introduce por primera vez en el ordenamiento irlandés un derecho legal del empleado (padre o madre; y, por tanto, diferente de la protección otorgada con la Maternity protection Act, 1994 [No. 34]) a ejercer un permiso o licencia parental no remunerada de 14 semanas (3 meses) de duración para atender al cuidado de los hijos tanto biológicos como adoptados. El permiso, que podía disfrutarse en bloque o de forma fraccionada, debía ejercitarse antes de que el hijo cumpliera los 5 años de edad⁸ y el trabajador debía de tener una antigüedad mínima de un año en la empresa.</p>

⁶ HEPPLÉ, B.: "The contribution of comparative law to understanding labour relations", en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2014, págs. 245 y 246.

⁷ DALY, M., y CLAVERO, S.: *Contemporary Family Policy: A Comparative Review of Ireland, France, Germany, Sweden and the UK*, Dublin (Institute of Public Administration), 2002, pág. 4 o NICHOLLS, K.: *Europeanizing responses to labor market challenges in Greece, Ireland, and Portugal: the importance of consultative and incorporative policy-making*, Tesis doctoral, Indiana (Universidad de Notre Dame), 2007, pág. 191, en <http://reality-tape.com/asfalistiko/archives/nicholls.pdf>.

⁸ El Ministro de Justicia dijo que se había decidido establecer el límite a los cinco "por ser la edad en la que casi todos los niños han empezado la escuela", Seanad Éireann Debate Vol. 155, No. 23, Col. 1409 (12 June 1998), en <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/seanad1998061200005?opendocument>.

<p>primer año de excedencia por cuidado de hijos y la extensión del hecho causante del derecho a la a los supuestos de adopción.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 1 Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental, incorpora el derecho a la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría durante el segundo y tercer año; la prohibición de disfrute simultáneo si ambos progenitores trabajan; la imposibilidad de acumulación con sucesivos derechos por nuevos sujetos causantes y el derecho a la asistencia a cursos de formación, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario. - Art. 4 Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, crea una nueva excedencia de duración no superior a un año para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida; extiende el hecho causante del derecho a los supuestos de acogimiento permanente y preadoptivo; reafirma el derecho individual (hombre o mujer) a la excedencia; limita el disfrute simultáneo por razones justificadas de funcionamiento empresarial; incorpora la garantía de indemnidad frente a las represalias discriminatorias por utilización de los derechos de conciliación en los preceptos estatuarios referentes al despido objetivo (art. 53.4. b)) y al disciplinario (art. 55.5 b)). - Disposición adicional 1ª.3 Ley 40/ 2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas: amplía del período 	<ul style="list-style-type: none"> • Precedentes en su sede actual: <ul style="list-style-type: none"> - Art. 2 Parental Leave (Amendment) Act 2006 (No. 13)⁹, introduce las siguientes modificaciones: extiende el límite máximo de edad del hijo a ocho años (16 años si sufre una discapacidad); amplía la licencia parental a las personas que actúan <i>in loco parentis</i> respecto a un hijo; crea la posibilidad de disfrutar el derecho de forma fraccionada, en bloques separados de un mínimo de seis semanas continuas; y la opción de transferir el permiso parental. - Statutory Instrument 81/2013 European Union –Parental Leave– Regulations 2013¹⁰: amplía la licencia parental a 18 semanas [4 meses] (art. 4 a)); extiende el hecho causante al supuesto de una “enfermedad a largo plazo” (art. 4 b) e introduce el derecho a solicitar cambios al regreso de un permiso parental (art. 6). <p>A lo anterior, es imprescindible añadir el derecho del trabajador a un permiso o licencia no remunerada para atender al cuidado familiares y personas en general, al amparo de la Carer's Leave Act, 2001 (No. 21). La principal modificación normativa de este “permiso del cuidador” vino dada por el art. 48 de la Social Welfare Law Reform and Pensions Act 2006 (No. 5) que extendió la duración del derecho conciliatorio de 65 semanas (15 meses) a 104 semanas (24 meses).</p>
---	--

⁹ <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2006/act/13/enacted/en/pdf>. A raíz de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Revisión de la Ley de Licencia Parental 1998 publicado en abril de 2002 (Pn 11.344), en <http://www.justice.ie/en/JELR/reviewparentalleave.pdf/Files/reviewparentalleave.pdf>.

¹⁰ El Ministro de Justicia e Igualdad, Alan Shatter, firmó, el 8 de marzo de 2013, un Reglamento destinado a enmendar la Ley de Permisos Parentales Irlandesa y dar cumplimiento a las modificaciones requeridas por el nuevo Acuerdo Marco sobre el permiso parental y la subsiguiente Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que aunque debía ser traspuesta a la legislación irlandesa el 8 de marzo de 2012, al Gobierno se le concedió una exención de un año, Statutory Instrument 81/2013 European Union –Parental Leave– Regulations 2013, en <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/si/81/made/en/pdf>.

<p>de reserva del puesto de trabajo para trabajadores excedentes miembros de una familia numerosa.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Disposición adicional 1ª Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad: incluye la discapacidad del familiar como causa autónoma protegida para acceder a la excedencia. - Disposición adicional 11ª. 9 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombre: incorpora el acogimiento de naturaleza 'provisional' como supuesto protegido; amplía a dos años la duración de la excedencia por cuidado de familiares y permite el eventual derecho de disfrute fraccionado. - El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sustituye "acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales" por "guarda con fines de adopción o acogimiento permanente". 	
--	--

ESPAÑA	IRLANDA
REGULACIÓN ACTUAL	
<p>Está recogido en la norma básica de regulación de las relaciones de trabajo en España, concretamente en el apartado tercero del art. 46 Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que con carácter general regula las excedencias laborales. Se concibe como una excedencia especial o cualificada, diferente del resto (voluntaria ordinaria, sindical, forzosa o de creación convencional).</p>	<p>Se contempla en una ley destinada exclusivamente a regular el derecho conciliatorio. Cabe distinguir distintas fórmulas¹¹ según se trate de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Permiso parental (cuidado de hijos): Parental Leave Act, 1998 (No. 30)¹² (en adelante PLA 1998) • Permiso del cuidador (cuidado de "personas"): Carer's Leave Act, 2001 (No. 21)¹³ (en adelante CLA 2001).

¹¹ La intención del legislador es, no obstante, consolidar todos los derechos relativos a la conciliación familiar en un único texto legal que ya está siendo redactado (Family Leave Bill) y espera verse aprobado para finales de 2015, IRISH GOVERNMENT: *Legislation Programme Spring/Summer Session 2015*, enero 2015, en http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Taoiseach_and_Government/Government_Legislation_Programme/Government_Legislative_Programme_Spring_Summer_2015.pdf.

¹² http://www.lawreform.ie/_fileupload/RevisedActs/WithAnnotations/EN_ACT_1998_0030.PDF.

¹³ http://www.lawreform.ie/_fileupload/RevisedActs/WithAnnotations/EN_ACT_2001_0019.PDF y condiciones resumidas y actualizadas a 22 junio 2015 en http://www.citizensinformation.ie/en/social_welfare/social_welfare_payments/carers/carers_benefit.html.

<p>En el art. 237 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, existe regulación adicional en torno a las consecuencias y efectos a nivel de Seguridad Social.</p> <p>Aun cuando esta especial excedencia permite ausentarse del trabajo por un periodo relativamente largo de tiempo para cuidar a hijos o parientes cercanos, no cabe olvidar la existencia de otros derechos conciliatorios a disposición del trabajador, tales como –sin ánimo exhaustivo–: la adaptación de la jornada de trabajo para conciliar (art. 34.8 ET), los permisos laborales del art. 37.3 ET (por razón de matrimonio, nacimiento de hijo, infortunio familiar, traslado de domicilio habitual, exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, adopción o acogimiento); el permiso por maternidad (art. 48 ET) y el permiso por paternidad (art. 48 bis ET); el Permiso de lactancia (37.4 ET); la Reducción de jornada por guarda legal (art. 37.5 ET) o, en fin, los derechos de conciliación extraordinaria recogidos en la negociación colectiva.</p>	<p>Entre los derechos destinados a la conciliación trabajo-familia en Irlanda, cabe destacar el permiso “por fuerza mayor” (art. 13 PLA 1998) que permite ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración (durante 3 días en un periodo de 12 meses o 5 días en un periodo de 36 meses) en el supuesto de razones familiares urgentes (lesión o enfermedad de un pariente próximo) que exigen la presencia inmediata e indispensable del trabajador para cuidar a la persona enferma o lesionada.</p> <p>Una de las ausencias más llamativas entre los derechos de conciliación –a subsanar en los próximos meses¹⁴– constituye el hecho de que Irlanda es uno de los países que no garantiza un permiso por paternidad propio para los padres¹⁵.</p>
--	--

ESPAÑA	IRLANDA
SISTEMA DE FUENTES	
<p>A pesar del enorme poder normativo de los convenios colectivos¹⁶, en esta especial institución (y ello aunque el legislador realice llamamientos expresos a la negociación colectiva, no solo en el art. 3.1.b) ET, sino también en el concreto art. 46.3 ET, para que desarrolle, complete o concrete determinados aspectos o términos del ejercicio</p>	<p>Según los arts. 4 PLA 1998 y 4 CLA 2001, nada en la ley cabe ser interpretado como una prohibición de su inclusión en un acuerdo de una manera más favorable para el empleado (apartado 3). No obstante, juega también el principio de norma mínima, en el sentido de que, por mor del principio de jerarquía, una disposición en cualquier acuerdo (ya sea un</p>

¹⁴ La noticia esperanzadora para muchos padres, en <http://www.irishtimes.com/business/work/fathers-have-their-day-as-paternity-leave-on-the-way-next-year-1.2418335>.

¹⁵ Junto con Austria, Chipre, República Checa, Alemania, Malta y Eslovaquia, en EUROFOUND: *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European Union*, Luxemburgo (Oficina de publicaciones de la Unión Europea), 2015, pág. 2, en http://www.cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs/Promoting_parental_leave.pdf.

¹⁶ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Salud y mujer en la negociación colectiva”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Dirs.): *La igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva: análisis de la situación actual y propuesta de futuro*, Pamplona (Aranzadi), 2016, págs. 309-334 (en prensa).

<p>de los derechos reconocidos a los excedentes por cuidado de hijos o familiares) no tienen demasiada relevancia, pues, pese a encontrar algunas mejoras en ciertos ámbitos, la mayoría de ellos suelen remitir al texto estatutario o lo transcriben (incluso parcialmente, con omisiones graves o sin incluir las correspondientes reformas).</p> <p>El art. 46.3 ET constituye una norma de derecho necesario relativo que “impide que las partes puedan desarrollarla estableciendo condiciones distintas que perjudiquen al trabajador”¹⁷, de ahí que, siguiendo el principio de norma mínima (art. 3.3 ET), una norma laboral no puede empeorar lo previsto en las de mayor rango, debiendo –en todo caso– respetar los mínimos de derecho necesario establecidos en la norma superior.</p>	<p>contrato de trabajo o no y si se acuerda antes o después de la aprobación de la ley [apartado 4]) quedará sin efecto si tiene por objeto excluir o limitar la aplicación de cualquier disposición legal o es incompatible con ellas (apartado 1); además, aquella disposición que sea o se vuelva menos favorable para un empleado o en relación con un derecho conferido por ley se debe considerar para ser modificada (apartado 2).</p> <p>La repercusión de los convenios colectivos es escasa, pues el legislador nacional regula de manera muy exhaustiva el derecho legal; mayor relevancia tiene, en su ordenación concreta, los reglamentos de régimen interior en la empresa¹⁸. Procede destacar también el papel de las circulares del gobierno para determinado tipo de trabajadores (funcionarios públicos¹⁹) o ámbitos profesionales concretos (enseñanza²⁰ o institutos de tecnología²¹, etc.).</p>
---	---

¹⁷ CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pág. 77.

¹⁸ Sirvan de ejemplo, DUBLIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY: *Parental leave policy & guidelines*, 2015, en <http://www.dit.ie/media/humanresources/documents/policiesprocedures/Parental%20Leave%20Policy%20&%20Guidelines%20-%20HRP044.pdf>; MAYNOOTH UNIVERSITY: *Parental & Force Majeure Leave Scheme*, 2013 en https://www.maynoothuniversity.ie/sites/default/files/assets/document/Parental%20%26%20Force%20Majeure%20Leave%20Scheme%20-%20Details_0.pdf.

¹⁹ Sirvan de ejemplo, DEPARTAMENT OF PUBLIC EXPENDITURE AND REFORM: *Parental Leave in the Civil Service*, 2013 en <http://circulars.gov.ie/pdf/letter/per/2013/01.pdf> o *Circular 13/2010: Amendment to Parental Leave Arrangements (age)*, 2010 en <http://circulars.gov.ie/pdf/circular/finance/2010/13.pdf>.

²⁰ Referida al permiso parental: DEPARTAMENT OF EDUCATION AND SKILLS: *Parental Leave entitlements for registered teachers in recognised Primary and Post Primary Schools (Circular 0026/2013)*, 2013 en https://www.education.ie/en/Circulars-and-Forms/Active-Circulars/cl0026_2013.pdf, y concerniente al Permiso del Cuidador: DEPARTAMENT OF EDUCATION AND SCIENCE PRIMARY BRANCH: *Carer’s Leave for Primary Teachers*, 2003 en <http://circulars.gov.ie/pdf/circular/education/2003/PC05.pdf>, o DEPARTAMENT OF EDUCATION AND SCIENCE: *Carer’s Leave for Teachers in Second Level Schools*, 2003 en <http://circulars.gov.ie/pdf/circular/education/2003/PPT17.pdf>.

²¹ DEPARTAMENT OF EDUCATION AND SKILLS: *Parental Leave- Amendment for Staff in Institutes of Technology*, 2012 en <http://circulars.gov.ie/pdf/circular/education/2012/34.pdf>.

ESPAÑA	IRLANDA
SITUACIÓN PROTEGIDA	
<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de hijos: biológicos o adoptivos y en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente (art. 46.3.1º ET), • Cuidado de familiares: hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3.2º ET). <p>El ordenamiento español es más estricto con la relación de parentesco que el sistema irlandés pues este último no establece ningún límite por vínculo familiar, de modo que cabe ejercer el derecho no sólo por cualquier pariente, también por un vecino, amigo o incluso desconocido, pero, sin embargo, el legislador español alcanza un nivel menor de exigencia en las causas que pueden provocar la situación de excedencia pues contempla múltiples situaciones mientras que en Irlanda la persona a cuidar tiene que sufrir necesariamente una discapacidad y, sobre todo, el trabajador debe prestar una atención y cuidado a tiempo completo, obligación que en España no se exige, en tanto por un lado, no ha sido establecida tal necesidad de cuidado, directo, continuo y permanente por el legislador (de la que por cierto, si hace alusión el art. 37.5.3º ET) y por otro lado, el máximo intérprete de la ley, ha disipado cualquier duda, cuando ha dado por supuesta la compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena o actividad profesional por cuenta propia con esta especial excedencia²².</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de hijos biológicos o adoptivos (art. 6.1 PLA 1998). • Cuidado de “personas”: El art. 6.1 CLA 2001 impone dos requisitos que delimitan el ámbito subjetivo del sujeto causante o persona a cuidar, en el sentido de que debe cumplir con la condición de “<i>relevant person</i>” y ha de necesitar “<i>full-time care and attention</i>”. El significado, por remisión de la propia ley, lo recoge el art. 82.A Social Welfare Act, 2000, sin perjuicio de que el Ministro competente pueda dictar reglamentos que especifican estas circunstancias y condiciones. <ul style="list-style-type: none"> - El concepto de “<i>Relevant person</i>” o “persona relevante” hace referencia a aquella (no siendo perceptora de un aumento de la pensión de invalidez en virtud del art. 57 en relación con la asistencia constante) tiene una discapacidad tal que requiere cuidado y atención a tiempo completo, y que, además; a) Ha alcanzado la edad de 16 años²³, o b) Es menor de 16 años pero recibe un subsidio para la atención domiciliaria de los niños discapacitados bajo el art. 61 Health Act, 1970. - “<i>Full-time care and attention</i>” o “atención y cuidado a tiempo completo” implica que la “persona relevante”: a) Tiene una discapacidad (cuya naturaleza y alcance ha sido certificada por un médico) y requiere el cuidado de otra persona porque; b) necesita una supervisión continua y la asistencia frecuente a lo largo del día en relación a las funciones corporales normales, y, c) requiere una supervisión continua con el fin de evitar un peligro para ella misma.

²² STS 10 febrero 2015 (Rec. 25/2014).

²³ LAW SOCIETY OF IRELAND (MOFFATT, J., Ed.): *Employment Law*, 3ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2011, pág. 149 y FAULKNER, M.: *Essentials of Irish Labour Law*, 2ª ed., Dublin (Gill & Macmillan), 2013, pág. 141, sitúan la edad en 18 años.

ESPAÑA	IRLANDA
DURACIÓN DEL DERECHO, LÍMITE Y HORQUILLA TEMPORAL	
<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de hijos: 3 años, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa de adopción (art. 46.3.1º ET) • Cuidado de familiares: 2 años (art. 46.3.2º ET) sin límite temporal de ejercicio de acreditar el resto de los requisitos. <p>En ambas modalidades no existe obligación de iniciar la excedencia necesariamente a partir de una determinada fecha y tampoco hay inconveniente en disfrutar del derecho conciliatorio por un periodo temporal inferior al máximo legal, sin embargo, mientras que en la excedencia por cuidado de familiares la ley únicamente fija un límite máximo de duración; para el supuesto de excedencia por cuidado de hijos, el legislador fija una “fecha de caducidad”²⁴ de forma que el periodo de duración que no se disfrute dentro de ese periodo máximo –computado desde el nacimiento o resolución judicial o administrativa de adopción–, se consume.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de hijo: 18 semanas [4 meses] (art. 6.1 PLA 1998) considerando los problemas de derecho transitorio²⁵ hasta que el hijo cumpla 8 años (art. 6.2. a) PLA 1998). - Irlanda ha optado por acoger la duración mínima que fija la cláusula 2.2 de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010 y la diferencia con el “permiso parental” español es notable, de ahí que más bien parezca una extensión del permiso de maternidad (paternidad si lo hubiera) y no una verdadera excedencia, según se conoce en España. • Cuidado de personas: 104 semanas [2 años] (art. 6.1 CLA 2001). La ley afirma expresamente que el derecho podrá ejercitarse “en cualquier momento” (art. 6.4 CLA 2001). Existe, no obstante, un periodo de disfrute mínimo, pues el empresario puede denegar, basándose en motivos razonables y en todo caso justificados, aquellos permisos cuya duración de disfrute sea inferior a 13 semanas (art. 8.2 CLA 2001). A pesar de este límite legal nada impide que las partes lleguen a un acuerdo para ejercer el permiso del cuidador por un periodo temporal menor a 13 semanas.

²⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, pág. 865.

²⁵ Para algunos no está demasiado claro, http://www.labourlawnetwork.eu/national_labour_law/national_legislation/legislative_developments/prm/109/v__detail/id__2946/category__17/index.html, y para otros no parece haber especial impedimento <http://circulars.gov.ie/pdf/circular/hse/2013/06.pdf> en dilucidar si los padres trabajadores que ya han disfrutado (total o parcialmente) de permiso parental de acuerdo con la anterior regulación (antes del 8 marzo 2013, entrada en funcionamiento del Reglamento que extendió a 18 semanas), tienen derecho a tomar las cuatro semanas adicionales (o periodo que reste a sumar al ya disfrutado) siempre que no se vulneren los requisitos legales referidos al umbral de edad u opere el límite de recuperación de la enfermedad o discapacidad del hijo. Mayor envidia presentan aquellos supuestos en los cuales se pretende disfrutar las cuatro semanas adicionales (o más, si sólo se ha disfrutado parte) y el trabajador ha cambiado de empleo, pero todavía no cumple el año de antigüedad requerido, máxime cuando la edad máxima del hijo esté próxima a la prevista como límite.

ESPAÑA	IRLANDA
REQUISITOS DEL SUJETO CAUSANTE	
<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de hijo (art. 46.3.1º ET): <ul style="list-style-type: none"> - Biológicos: edad máxima de 3 años. - Supuestos de adopción o acogimiento: el límite no opera de forma tan estricta, pues los 3 años de disfrute se computan desde la resolución judicial o administrativa. • Cuidado de familiar (art. 46.3.2º ET): cumplir con el grado de parentesco (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad), no desempeñar actividad retribuida y no poder valerse por sí mismo por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad. <p>Aunque este es un tema polémico, la consideración más acorde con los derechos del empleado y del menor pasaría por reconocer cómo nada impide que, por el mismo sujeto causante, y por razón de la corta edad, pueda el mismo trabajador solicitar consecutiva o alternativamente a la excedencia por cuidado de hijo, otra para cuidado de familiar²⁶.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de hijos: <ul style="list-style-type: none"> - Biológicos: Hasta que el hijo cumpla 8 años (art. 6.2. a) PLA 1998). - Supuesto de adopción: si en la fecha de la adopción el hijo ha alcanzado la edad de 6 años, pero no más de 8, el permiso puede disfrutarse dentro de los dos años siguientes desde de la orden de adopción. • Cuidado de personas: Cumplir las condiciones de “<i>Relevant person</i>” y “<i>Full-time care and attention</i>” anteriormente especificadas. <p>Tal y como está configurado el permiso del cuidado en la Carer's Leave Act, 2001 (No. 21), al trabajador se le impediría disfrutar de este permiso para cuidar a un hijo menor (por razón de la edad).</p>

²⁶ Reconociendo esta posibilidad, bajo el argumento de que, “aun cuando una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos: el hijo recién nacido (menor de tres años), adoptado o acogido, en la excedencia regulada en el párrafo primero, y otro familiar, enfermo o desvalido, en el segundo, sin embargo una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo” [STSJ Navarra 23 febrero 2006 (Rec. 25)]. En sentido contrario, aunque reconociendo que el límite temporal para la excedencia por cuidado de hijo “puede mostrarse insuficiente para conciliar la vida laboral y familiar” [SSTSJ País Vasco 2 mayo 2007 (Rec. 424) o Aragón 14 octubre 2009 (Rec. 737)], al sostener que “no es dable soslayar este límite acudiendo a la excedencia (por cuidado de familiares) cuando se trate de un hijo (...) de cinco años de edad, que no consta que esté enfermo, accidentado ni discapacitado, puesto que, a tenor de la exposición de motivos de la norma que la introdujo, esta excedencia tiene por objeto “ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”; igualmente STSJ Castilla y León/Burgos 23 octubre 2015 (Rec. 649) o, en fin, misma consideración respecto del límite de edad previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijo [STSJ Cataluña 23 julio 2003 (Rec. 8289/2002)].

ESPAÑA	IRLANDA
HIJOS DISCAPACITADOS O CON ALGÚN TIPO DE ENFERMEDAD A LARGO PLAZO	
<p>En la excedencia por cuidado de hijos no se establece una ampliación adicional si el menor sufre algún tipo de discapacidad o enfermedad a largo plazo; no obstante, nada impide que, pasado el periodo de excedencia por cuidado de hijo, el trabajador se pueda acoger a una excedencia por cuidado de familiar cuando, por razón de la discapacidad o la enfermedad a largo plazo no pueda valerse por sí mismo y además cumpla el resto de requisitos.</p>	<p>A efectos del permiso parental, si el menor necesitado de cuidado sufre algún tipo de discapacidad²⁷ o padece una enfermedad a largo plazo²⁸ se aplica un límite de edad superior al establecido con carácter general de 8 años. La caducidad del derecho se sitúa en el momento en que cese la situación impeditiva de discapacidad o enfermedad o, en todo caso, el cumplimiento de 16 años (art. 6.2. c) PLA 1998).</p> <p>Sin perjuicio de esta ampliación, parece que nada impide al trabajador solicitar un permiso al amparo de la Carer's Leave Act, 2001 (No. 21) para cuidar a su hijo discapacitado (no en el supuesto de enfermedad a largo plazo) cuando acredite los requisitos legales para ello.</p>

ESPAÑA	IRLANDA
DIVERSIDAD DE MODELOS DE FAMILIA	
<ul style="list-style-type: none"> • Familias numerosas: El legislador establece una mejora, a efectos de ampliar la reserva del mismo puesto de trabajo del excedente, si el empleado es miembro de una familia numerosa, distinguiendo aquella que tiene carácter general o especial. • Familias monoparentales: El legislador no establece mejora alguna al respecto de este tipo de familia; sin embargo, cabe mencionar que alguna regulación autonómica sí ha tenido en cuenta la monoparentalidad a efectos de la concesión de ayudas y subvenciones, en el sentido de excluir del régimen de concesión de concurrencia competitiva la solicitud en favor de la resolución siguiendo el orden de presenta- 	<p>La normativa no establece referencia alguna respecto a las familias numerosas, no obstante, si hace una alusión indirecta a la monoparentalidad al mencionar a la persona que tienen la condición de “<i>relevant parent</i>” en más de una capacidad con respecto a un hijo, es decir, cuando un trabajador desempeña más de un rol o función respecto de un menor (en el caso de familia monoparental la persona asume el papel de padre y de madre o, en el caso de una custodia de abuelos, el abuelo o abuela desarrollan también la función de padre o madre, etc.).</p> <p>El legislador no hace ninguna referencia a las parejas de hecho y ello pese a que respecto de la licencia por fuerza mayor, reconozca como sujeto causante a quien reside con el</p>

²⁷ Definida en la propia ley (art. 6.9 PLA 1998) como “deterioro perdurable en la salud física, sensorial, mental o intelectual del niño de tal manera que el nivel de atención requerido para el niño es sustancialmente mayor que el que generalmente se requiere para los niños de la misma edad que no tienen tal deterioro”.

²⁸ Incluida por el Reglamento de 2013 y definida por el mismo a efectos del permiso parental como “una enfermedad cuyo efecto es que el nivel de atención requerido para el niño es sustancialmente mayor al nivel de atención que el que generalmente se requiere para los niños de la misma edad que no tienen cualquier enfermedad a largo plazo” (art. 6.9 PLA 1998).

<p>ción o para incrementar la cuantía de la subvención²⁹.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Parejas de hecho: Conforme a la redacción de la ley (susceptible de mejora por convenio) se negaría el derecho al disfrute de la excedencia por cuidado de familiares para atender a la pareja de hecho (o incluso al ex cónyuge cuando el vínculo matrimonial se hubiera disuelto por nulidad o divorcio). 	<p>empleado en una relación de dependencia doméstica, incluyendo parejas del mismo sexo [art. 13.2 f) PLA 1998].</p>
--	--

ESPAÑA	IRLANDA
TITULARIDAD DEL DERECHO: TRABAJADOR	
<p>Esta especial excedencia constituye un derecho individual del trabajador hombre o mujer (art. 46.3 ET).</p> <p>La normativa estatal española no requiere una antigüedad mínima para ejercer el derecho, con ello cabe constatar como el legislador de manera indirecta ha querido tener en cuenta a los trabajadores temporales o de duración determinada, pues independientemente de las dificultades prácticas que tienen para disfrutar de la excedencia por motivos familiares, de ellos también cabe predicar su derecho sin más limitación que la propia vigencia del contrato temporal. La inclusión en convenio colectivo de la exigencia de una determinada antigüedad, llevaría a considerar dicha cláusula como nula y sin efecto, máxime cuando el art. 15.6 ET proclama que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida.</p>	<p>El permiso parental es un derecho individual del trabajador hombre o mujer, no obstante, la ley regula ciertas peculiaridades con respecto a la titularidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Antigüedad mínima: Aunque el legislador irlandés reconoce expresamente que los trabajadores a tiempo parcial, los contratados de duración determinada o temporales y los sujetos a un contrato de formación, también tienen pueden disfrutar del permiso parental (art. 2.1 PLA 1998), no obstante, en consonancia con la letra b) de la cláusula tercera de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, supedita el derecho al cumplimiento de una determinada antigüedad, es decir “empleo continuo o continuado”³⁰ en la empresa, demandando al empleado haber estado trabajando al menos un año en la empresa de solicitar el permiso parental (art. 6.3 PLA 1998) o 12 meses de antigüedad si se pretende ejercer el permiso del cuidador (art. 6.1 CLA 2001).

²⁹ El análisis exhaustivo en AGRA VIFORCOS, B.: “Principales Líneas programáticas y normativas diseñadas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León para la tutela de las situaciones de monoparentalidad”, *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 11, 2008, pág. 185 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2737160>; “Algunos interrogantes sobre las familias numerosas”, Conferencia en el Primer Foro Nacional de Familias Monoparentales, 2010 en http://isadoraduncan.es/files/File/Interrogantes_Beatriz_Agra.pdf, o “Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales”, en AA.VV.(RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R., Dirs. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): *La inserción de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, págs. 95 y ss.

³⁰ Término que bien pudiera llevar a equívoco de no haber mediado la actuación legislativa a definir tal concepto, en el sentido de apuntar que incluye el empleo completado por un trabajador bajo dos o más contratos de duración determinada con el mismo empleador (art. 6.9 F8 PLA 1998).

<p>La figura irlandesa del “<i>relevant parent</i>”, como extensión del derecho a todas las personas que actúan en el lugar de los padres respecto de un hijo (“<i>in loco parentis</i>”), queda salvada o compensada en España con la alusión a los casos de adopción y acogimiento, e incluso cuando el trabajador ejercita el derecho conciliatorio respecto de sus parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad.</p> <p>En ninguno de los ordenamientos no existe ningún problema para disfrutar este derecho cuando el otro cónyuge no trabaja, limitación que si ha sido incluida en otros ordenamientos europeos y ha sido recientemente considerada contraria tanto a la directiva europea sobre el permiso parental como a la directiva europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación³¹.</p>	<p>Esta exigencia legal (relevante en aquellos casos en los que el trabajador cambia de empleo o tiene un contrato temporal, máxime si la edad del hijo está próxima al límite legal) se atenúa, no obstante, en el caso del permiso parental, pues si el hijo está muy cerca del umbral de edad máximo para poder disfrutar del permiso parental y además, el trabajador tiene, en todo caso, una antigüedad mínima de 3 meses en la empresa, se podrá disfrutar de un permiso parental prorrateado, a saber: una semana por cada mes de antigüedad completado al inicio del derecho conciliatorio (art. 7 PLA 1998).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Otras personas: El legislador extiende el derecho conciliatorio a las personas que actúan en lugar de los padres con respecto a un niño (“<i>in loco parentis</i>”), es decir, “<i>relevant parent</i>”, sabiendo que aquella persona con más de un rol o función con respecto a un niño (familia monoparental [padre y madre], custodia de abuelos [padre y abuelo]....) no tendrá derecho a un permiso parental en más de un rol o función en relación con el niño (art. 6.5 PLA).
---	---

³¹ Declarando que se opone a las directrices europeas, la normativa nacional de Grecia en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo, STJUE 222/14, de 16 julio 2015, asunto *Konstantinos Maïstrellis*.

ESPAÑA	IRLANDA
REMUNERACIÓN	
<p>El Estado no garantiza una protección social efectiva en términos económicos para ejercer esta especial excedencia³² pues los trabajadores no disponen de una renta sustitutiva a los salarios dejados de percibir por tener que abandonar de manera temporal el empleo para cuidar a los hijos y/o familiares. Nada impide que se establezca una ayuda por convenio colectivo para cubrir esta necesidad.</p> <p>En el ámbito autonómico, y al amparo de la competencia exclusiva en materia de asistencia social (art. 148.1.20 CE), es posible encontrar (en tiempos de crisis económicas y recortes sociales en menor medida) alguna ayuda o subvención económica³³ destinada a paliar los efectos que esta excedencia provoca.</p>	<p>Aunque ha sido un tema polémico en Irlanda³⁴, la ley irlandesa no prevé ningún tipo de compensación económica para el trabajador que disfruta de este derecho conciliatorio.</p> <p>El papel del Estado Irlandés como garante de protección social únicamente se prevé o subyace en esta materia en relación con el “<i>Carer’s Leave</i>” o “Permiso del cuidador”, de tal forma que cuando el trabajador abandona temporalmente el empleo (máximo 104 semanas) con el fin de prestar asistencia/cuidado a tiempo completo a una o más personas que necesitan atención, el gobierno otorga una especie de subsidio económico “<i>Carer’s Benefit</i>”³⁵ o “Beneficio del Cuidador”, cuyo solicitud y régimen es independiente (diferentes requisitos) al</p>

³² La denuncia pública de esta carencia y sus problemas accesorios, caben observarlos en el Informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para el estudio de la Racionalización de Horarios, la Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral y la Corresponsabilidad (BOCG Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 330, de 26 septiembre 2013, pág. 67).

³³ Véase, por ejemplo, la convocatoria de ayudas económicas directas de pago periódico por excedencia para el cuidado de hijos e hijas menores de edad y para el cuidado de familiares de primer grado mayores de edad que requieran la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, por enfermedad y/o accidente sobrevenido, para 2015 del Gobierno de Navarra (BO Navarra, núm. 57, de 25 marzo 2015).

³⁴ Mientras que el Ministro de Justicia, Igualdad y Reforma Legislativa (Mr. O’Donoghue) explicó como la decisión de no remunerar este permiso se había basado en la intención de no perjudicar ni a los empresarios (costo adicional al reemplazo de esa persona y efecto dañino para la posición competitiva de Irlanda), ni tampoco al Ministerio de Hacienda (desembolso de cerca de 40 millones al año solo en prestaciones sociales) Seanad Éireann Debate Vol. 155, No. 23, Col. 1409 (12 June 1998) en <http://oireachtasdebates.oireachtas.ie/debates%20authoring/debateswebpack.nsf/takes/seanad1998061200005?opendocument>; con posterioridad en el Informe sobre la revisión de la Ley de Permiso Parental, se examina la cuestión de proporcionar un pago en estos casos, analizando al detalle los siguientes parámetros: a) La falta de pago afecta a la comprensión de la licencia parental; b) Grado en el que el permiso está siendo adoptado en periodos fraccionados; c) Costo para los empleadores; d) Costo para los empleados y sus hijos; e) Costo para la Caja de Seguro Social / Ministerio de Hacienda; f) Costo para los empleadores del sector público; g) ¿Quién debe pagar? –Los empleadores o la Caja de Seguro Social / Ministerio de Hacienda; h) Pago adecuado– Ganancias relacionadas o pago a tanto alzado, e i) La situación comparativa en los Estados miembros de la UE, GOVERNMENT OF IRELAND, PROGRAMME FOR PROSPERITY AND FAIRNESS: *Report of the working group review of the Parental Leave Act 1998*, Dublin, Stationery Office, 2002, en <http://www.justice.ie/en/JELR/reviewparentalleave.pdf/Files/reviewparentalleave.pdf>.

<p>Aunque observando el esquema irlandés del “Carer’s Benefit” o “Beneficio del Cuidador” bien podría imaginarse establecer una relación con la protección dispensada a nivel estatal por el ordenamiento bajo la Ley de 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (arts. 14. 4 y 18) y más concretamente al amparo del Real Decreto 615 /2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, cierto es que la cobertura dispensada entre una y otra figura es completamente diferente, pues mientras que en Irlanda se otorga una prestación económica al cuidador, en España la Ley de Dependencia concede la ayuda a la persona dependiente, pero no a su familia ni a los cuidadores. Estos últimos, únicamente tienen la opción (carácter voluntario) de suscribir un convenio especial para, en su caso, con la obligación de abonar a su cargo exclusivo, las cuotas correspondientes, recibir el beneficio de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, concretamente y en virtud del art. 3 RD 615/2007, de 11 de mayo, para ser considerado en “situación de asimilación al alta (...) a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza”(excluido el desempleo).</p>	<p>contenido a nivel laboral en la CLA 2001, pero cuyo esquema es indudablemente diseñado para ser ejercitado en tándem³⁶.</p> <p>En virtud del art. 6.7 CLA 2001, y para evitar dudas, se declara que el derecho al “Carer’s Benefit” o “Beneficio del Cuidador” no es una condición para tener derecho a la licencia o permiso del cuidador que permite la suspensión del contrato de trabajo.</p>
---	---

³⁵ Toda la información detallada en http://www.citizensinformation.ie/en/social_welfare/social_welfare_payments/carers/carers_benefit.html. Es importante no confundirlo con el “Carer’s Allowance” o “Subsidio del Cuidador” http://www.citizensinformation.ie/en/social_welfare/social_welfare_payments/carers/carers_allowance.html, pues mientras que el primero es un pago del seguro social hecho a alguien que abandona el trabajo para cuidar a una persona incapacitada, el segundo no está conectado con el mundo laboral en tanto constituye un pago a personas de bajos ingresos que están cuidando a una persona incapacitada.

³⁶ DALY, M., y CLAVERO, S.: *Contemporary family police in Ireland and Europe*, Dublin (Department of Social and Family Affairs), 2002, en <http://www.welfare.ie/en/downloads/cfpreport.pdf>, pág. 58.

ESPAÑA	IRLANDA
FRACCIONAMIENTO	
<p>El derecho a disfrutar esta excedencia de forma fraccionada, es decir, “por tramos inferiores, aunque sean varios y separados”³⁷, se contempla expresamente como una posibilidad en la ley (art. 46.3 ET), no obstante habrá que atender, en cada caso, al acuerdo con el empresario o a lo que disponga el convenio colectivo pues la ley guarda silencio al respecto.</p> <p>El texto estatutario no contempla expresamente que la excedencia por motivos familiares pueda disfrutarse a tiempo parcial (tal y como si lo ha hecho para la maternidad/paternidad (D.A. 1ª RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), razón por la cual hay que entender que el legislador acoge únicamente el disfrute de este derecho a jornada completa y sin ninguna modalidad adicional, sin perjuicio, obviamente de la reducción de jornada por cuidado de menores y otros familiares (art. 37.5 ET).</p>	<p>En virtud del art. 7.1 PLA 1998, la licencia parental puede ser disfrutada como un bloque continuo de 18 semanas o en 2 periodos separados, cada uno compuesto por no menos de 6 semanas y sin exceder del total de 18, siempre que antes de disfrutar de la segunda parte hayan transcurrido al menos 10 semanas (salvo pacto en contra más favorable) desde la finalización de la primera.</p> <p>Por acuerdo entre empresario y trabajador³⁸ (o sus representantes), el permiso parental puede tomarse de forma flexible, es decir por periodos cortos (o trabajando horas reducidas hasta el límite de las 18 semanas), comprendiendo cada bloque:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Uno o más días en que el empleado, a pesar de la licencia, estaría trabajando en el empleo en cuestión (similar a la fórmula “<i>keeping-in-touch (KIT) days</i>”, de UK³⁹ o North Ireland⁴⁰). -Una o más horas durante las cuales, a pesar de la licencia, el empleado estaría trabajando en el empleo de que se tratara (análogo a la reducción de jornada).

³⁷ STSJ Murcia 12 marzo 2001(Rec. 1080/2000).

³⁸ La opción de tomar el permiso parental en días libres o en forma de reducción de horas (a tiempo parcial), no es un derecho legal para los empleados a menos que el empleador esté de acuerdo, Tribunal de Apelaciones de Empleo; Caso *O’Neill -v- Dunnes Stores*, 1 marzo 2000 (ELR 306).

³⁹ The Maternity and Parental Leave etc. and the Paternity and Adoption Leave (Amendment) Regulations 2006 introdujo esta fórmula en el permiso por maternidad (creando el art. 12 A the Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999) y en el permiso por adopción (creando el art. 21 A The Paternity and Adoption Leave, 2002), en virtud de la cual (a excepción, en el caso del permiso por maternidad, de las dos primeras semanas obligatorias desde el nacimiento), un empleado puede llevar a cabo a cabo un máximo de 10 días de trabajo para su empleador durante su período de licencia legal, sin implicar por ello la terminación de dicho permiso, pero tampoco la ampliación de la duración total del derecho de conciliación, consciente, en todo caso, de que esta posibilidad no confiere, por sí misma, ningún derecho sobre un empleador para exigir que cualquier trabajo se lleve a cabo durante el período de licencia, ni ningún derecho del empleado a trabajar durante la misma. <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/2014/regulation/9/made>.

⁴⁰ The Maternity and Parental Leave etc. (Amendment) Regulations (Northern Ireland) 2006 introdujo la misma disposición en el permiso por maternidad, creando el art. 12 A. The Maternity and Parental Leave etc. Regulations (Northern Ireland) 1999, <http://www.legislation.gov.uk/nisr/2006/372/regulation/10/made>.

	<p>Con más detalle, los apartados 2, 3 y 4 del art. 7.2 a) PLA 1998, establecen fórmulas para el cálculo de este derecho.</p> <p>El permiso del cuidador también permite ser tomado en un bloque continuo de 104 semanas o en una serie de periodos cuya duración agregada no exceda del total máximo (art. 8.1 CLA 2001), sabiendo que, en este último caso, entre los periodos de permiso disfrutados debe haber un espacio temporal de al menos seis semanas (art. 8.3 CLA 2001).</p>
--	--

ESPAÑA	IRLANDA
NATURALEZA CAUSAL: ABUSO DE DERECHO	
<p>No hay duda de que la mejor atención del hijo o familiar constituye la finalidad y, a su vez, comporta el elemento causal del derecho conciliatorio, no obstante, la normativa española no exige una dedicación total, directa e ininterrumpida a tal tarea, ni tampoco impone una limitación especial al desarrollo de otra actividad durante el disfrute de la excedencia.</p> <p>En este contexto, la viabilidad de que quien solicita una excedencia para este fin pueda dedicarse en ese tiempo a una ocupación distinta (y acompañada del adjetivo ulterior, pues la compaginación con una situación de pluriempleo previa parece indiscutible⁴¹) ha llevado a interpretaciones abiertamente contradictorias en los Tribunales Superiores de Justicia⁴² (también en lo que respecta a la reducción de jornada por motivos familiares⁴³).</p>	<p>En el art. 12 PLA 1998 el legislador irlandés recuerda el carácter causal del derecho y advierte de las consecuencias de un posible abuso, pues está sujeto a la condición de que se utilice para cuidar efectivamente al hijo por el que se solicita el permiso⁴⁴. Se diferencian dos potestades al empresario:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Facultad para terminar el disfrute del derecho (<i>ante tempus</i>): Concediendo grandes facultades a la parte empresarial, el legislador determina que “cuando el empleador tiene motivos razonables para creer que el permiso parental no se utiliza con el propósito de cuidar el hijo (objeto fundamental y exclusivo), éste puede ordenar el cese del trabajador en su disfrute”.

⁴¹ Reconociendo el derecho de la trabajadora excedente en un trabajo a tiempo parcial a percibir prestación por desempleo tras la extinción del contrato de trabajo a tiempo completo, STSJ Madrid 10 junio 2003 (Rec. 2637/2003).

⁴² Un análisis exhaustivo en PRIETO PADÍN, P.: “Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena y competencia desleal”, *RTSS (CEF)*, núm. 391, 2015, págs. 101-132.

⁴³ Manteniendo una posición contraria a la compatibilidad de la reducción de jornada con otra prestación de servicios, SSTSJ Cataluña 7 enero 2014 (Rec. 4777/2013) o Canarias/ Las Palmas 31 enero 2012 (Rec. 1532/2011), incluso por apreciar concurrencia desleal [STSJ Galicia 20 febrero 2013 (Rec. 5760/2012)]; sin embargo, sopesando que la reducción de jornada cumple las funciones típicas para las que fue creada pese a su situación de pluriempleo, STSJ Baleares 8 octubre 2009 (Rec. 436).

⁴⁴ De forma similar ocurre en el Reino Unido, pues el art. 17 the Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999, advierte sobre cómo un empleado que disfruta de una licencia de maternidad o permiso parental [e idéntica clausula respecto al licencia por paternidad y el permiso de adopción, *ex arts. 12.1 b) y 21.b) The Paternity and Adoption Leave Regulations 2002*], debe, durante ese periodo, por su obligación implícita de buena fe en relación con

<p>Polémica –suscitada también en el ámbito doctrinal–, que ha sido recientemente resuelta por el Tribunal Supremo, al dar por supuesta la compatibilidad entre excedencia y trabajo, afirmando que “en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos– unas consecuencias tan negativas”⁴⁵ como la pérdida del derecho a reserva de su puesto de trabajo o la consideración como situación asimilada al alta a efectos del reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social.</p> <p>Faltaría conocer el parecer judicial del máximo intérprete de la ley respecto de una práctica negocial cada días más extendida, que sanciona categóricamente el simple hecho de “realizar trabajos remunerados por cuenta ajena o habituales por cuenta propia”⁴⁶ o, en su caso, trata de aquilatar el concepto de competencia desleal precisamente en relación con el tiempo de excedencia estableciendo diversas consecuencias que van desde la consideración de voluntaria a todos los efectos, pasando por la pérdida del derecho al reingreso automático o de otras mejoras establecidas en convenio, hasta la extinción definitiva de la relación laboral, o incluso entendiéndose como una baja o renuncia voluntaria del empleado.</p>	<p>Los únicos condicionantes exigidos son que el empresario notifique al trabajador afectado, con un mínimo de 7 días de antelación, su intención de poner fin al permiso por razón del abuso y, además, que tal escrito contenga una declaración en forma de resumen sobre los motivos de la decisión (art. 11. 3 PLA 1998).</p> <p>El empleado en cuestión debe regresar a su trabajo en el día especificado en la notificación (art. 12. 3 PLA 1998), sabiendo que el periodo de tiempo que oscila entre la fecha de terminación por esta causa (<i>ante tempus</i>) y la fecha de terminación ordinaria y que figuraba en el escrito de confirmación, no se considera permiso parental.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Facultad para denegar la concesión del derecho (<i>ab initio/ ab origine</i>): Instada la solicitud de permiso parental por el trabajador, el empresario puede tomar la decisión de denegar la concesión del permiso parental si tiene motivos razonables para creer que aquel no tiene derecho (art. 12. 4 PLA 1998). El único condicionante exigido es que el empresario, en el escrito de contestación, avale o justifique su decisión negativa poniendo de manifiesto una declaración en forma de resumen sobre los motivos de la decisión (art. 12.5 PLA 1998). <p>Además, en ambos casos, el legislador exige una fase de pliego de cargos y descargos (art. 12.6 PLA 1998), por consiguiente, antes de la notificación definitiva del empleador decidiendo sobre la terminación o denegación del permiso parental, debe comunicar por escrito al trabajador su intención/propuesta al efecto, exponiendo los motivos concretos; circunstancia ante la cual aquel podrá presentar alegaciones (dentro de los 7 días siguientes a la recepción de la comunicación).</p>
--	--

su empleador, atender a los requerimientos relativos a: preaviso de la terminación de su contrato de trabajo, divulgación de información confidencial, aceptación de regalos u otros beneficios o, en fin, la participación en cualquier otro empleo o negocio. <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/3312/regulation/17/made>. Y en Irlanda del Norte <http://www.legislation.gov.uk/nisr/1999/471/regulation/17/made>.

⁴⁵ STS 10 febrero 2015 (Rec. 25/2014).

⁴⁶ Art. 45.2 CC Altcam Automotive, SL i Altcam Valls, S.L.U del centre de treball de Valls (BOP Tarragona núm. 365, de 19 marzo 2014) o art. 37 CC Ara Vinc, S.L. (BOP Barcelona núm. 22, de 3 febrero 2014)].

<p>La solución debiera pasar por considerarlas nulas y sin efecto, pues son previsiones limitativas de derechos que se subsanan por ministerio de la ley. En otro caso, si la limitación conllevará alguna compensación, la respuesta legal sería considerarla en todo caso como una excedencia <i>ad nutum</i> al amparo del art. 46.6 ET “otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y efectos que se prevean”, es decir, constituyendo otro tipo distinto, alternativo y compatible con la excedencia reconocida a nivel estatutario, que en cuanto tal, se mantiene como opción o derecho distinto al cual puede acogerse el trabajador.</p>	<p>Los avisos deberán ser conservados por ambas partes (art. 12.7 PLA 1998).</p> <p>Respecto al permiso del cuidador, esta limitación también está presente al recoger expresamente el legislador que el derecho conciliatorio no puede compaginarse en modo alguno con el desarrollo de otro empleo o autoempleo [art. 6.1. d) Leave Act, 2001], pues constituye causa de terminación del permiso del cuidador [art. 11.2 c) Leave Act, 2001].</p> <p>Sin perjuicio de esta limitación, existe una excepción, por cuanto el requisito para proporcionar una atención a tiempo completo se evaluará de forma individual por el Departamento de Protección Social, pudiendo el trabajador: a) asistir a un curso de educación o formación o aceptar un trabajo voluntario o comunidad de hasta 15 horas por semana; b) participar en el autoempleo, siempre que lo desarrolle en su propia casa y no sobrepase un límite de ingresos establecido en los reglamentos elaborados por el Ministerio de Protección Social, c) desempeñar un empleo fuera del hogar, previa aprobación por el Ministro de Asuntos Sociales y siempre que no sobrepase las 15 horas por semana⁴⁷.</p> <p>En este sentido, parece que no se pretende ni se desea que el empleado sujeto al permiso de cuidador proporcione la atención durante las 24 horas del día, puesto que la prohibición de trabajo y exigencia de atención a tiempo completo se aplican de manera flexible por el Departamento de la Protección Social, considerando tanto las necesidades de los empleados que brindan la atención, como de la persona lo recibe.</p> <p>En fin, también cabe destacar incidencias relacionadas con la buena fe en los permisos por fuerza mayor⁴⁸.</p>
--	---

⁴⁷ DEPARTMENT OF JOBS, ENTERPRISE AND INNOVATION: *Carer's Leave Act, 2001. Explanatory Booklet for Employers and Employees*, Dublin, 2011, en https://www.workplacereleations.ie/en/Publications_Forms/Guide_to_the_Carers_Leave_Act.pdf, pág. 6. Además, existen otras reglas adicionales para recibir el “Carer's Benefit”, concretamente que las ganancias netas ingresadas por esta actividad laboral no excedan de 332,50 € por semana. (después de haber deducido de impuestos y Universal Cargo Social, PRSI, jubilación (pago de pensiones), recaudación de pensiones, cuotas sindicales y las suscripciones a mutualidades de su salarial total), http://www.citizensinformation.ie/en/social_welfare/social_welfare_payments/carers/carers_benefit.html.

⁴⁸ Considerando el carácter “urgente”, “inmediato” e “indispensable” que exige la ley para su disfrute, existen de un lado: fallos judiciales que avalan la decisión del empleado de ausentarse del trabajo para cuidar a su hija afectada de un sarpullido en las piernas aunque en el examen médico posterior se diagnostique una erupción menor [High Court, 24 enero 2001 (*Carey v Penn Racquet Sports*)], atender a su pareja aquejada de gripe [Employment Appeals Tribunal, 9 febrero 2009 (PL2/2010)] o velar por su hija que, pese a estar

ESPAÑA	IRLANDA
REQUISITOS FORMALES PARA EJERCER EL DERECHO: COMUNICACIÓN DEL TRABAJADOR	
<p>La ley no exige al trabajador que comunique por escrito su intención de ejercer el derecho conciliatorio, no obstante, resulta conveniente (e incluso cabría considerarla una obligación que dimana de la buena fe) notificar al empresario de tal extremo. De esta manera, y siguiendo los términos que el legislador si contempla en el art. 37.6 ET para la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y reducción de jornada, sería aconsejable con un mínimo de 15 días de antelación e indicando la duración prevista y la fecha de inicio y finalización del derecho conciliatorio.</p> <p>Los convenios colectivos, en concordancia con los arts. 82 y 85.1 ET y art. 37.1 CE y en coherencia con el principio de complementariedad, pueden y suelen establecer determinados matices o condicionantes que, aun no estando previstos en la norma básica, son oportunos, o al menos sin ilegalidad aparente para completar los criterios generales del texto estatutario y, sobre todo porque queridos y aceptados por las partes, proporcionan mayor seguridad jurídica al empleado que quiera acogerse a esta especial excedencia.</p>	<p>Cuando el trabajador pretende el disfrute de un permiso parental debe presentar a su empleador una solicitud por escrito y firmada tan pronto como sea razonablemente posible; en todo caso, con al menos 6 semanas de antelación a la fecha inicial prevista para su disfrute (art. 8.1 PLA 1998). En esta notificación se debe especificar la fecha de comienzo del derecho, la duración y la manera en que se propone disfrutar la licencia parental (por ejemplo, fraccionada) (art. 8.2 PLA 1998). Esta exigencia conlleva varios aspectos jurídicamente relevantes como:</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Arrepentimiento del trabajador”: Antes de producirse la fecha de inicio de la licencia parental solicitada, el empleado puede revocar, mediante escrito dirigido al empresario, su intención de acogerse al derecho (art. 8.3 PLA 1998). • Incumplimiento plazo: Cuando la solicitud no cumple el plazo mínimo exigido de preaviso (6 semanas), el empresario puede, a su discreción, conceder el permiso parental con todos los efectos recogidos en la ley (art. 8.4 PLA 1998). • Copia al trabajador: El empleador debe conservar el escrito de solicitud sobre el permiso parental y entregar una copia al trabajador (art. 8.5 PLA 1998).

enferma, no consta atención medica de doctor u otro profesional sanitario [Employment Appeals Tribunal, 23 septiembre 2009 (PL2/2009)]; de otro lado, pronunciamientos que no encuentran adecuada la conducta del trabajador por cuanto ante el estado febril del hijo y la imposibilidad de conseguir cita médica para ese día, proporciona la atención en casa y acude al médico al día siguiente [Employment Appeals Tribunal, 20 mayo 2011 (PL1/2010)], no existe prueba evidente de atención o visita médica [Employment Appeals Tribunal, 7 septiembre 2012 (PL2/2011)], o en fin, a pesar de esgrimir el estado febril de su esposa y la necesidad de cuidar a sus hijos (uno de ellos con autismo), consta una petición anterior del trabajador para ausentarse del trabajo ese día en cuestión (denegada por la empresa) que coincidía con la Final de la Liga de Campeones de la UEFA [Employment Appeals Tribunal, 23 septiembre 2013 (PL1/2012)].

De este modo, no es raro encontrar la exigencia de comunicación escrita a la empresa, tanto para ejercer o iniciar el derecho como para terminarlo y regresar al trabajo (algunos agentes negociadores diseñan incluso el propio modelo de comunicación formal) o la imposición de determinados plazos de preaviso, o en fin, la demanda de justificación de la excedencia en términos de acreditar el vínculo de parentesco, discapacidad, etc.

En cuanto a la eventual petición de anulación del trabajador del disfrute del derecho, la ley guarda silencio, no obstante, parece que esta pretensión podría colisionar con los intereses de la empresa en tanto “una vez concedida la excedencia por el periodo solicitado, tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del periodo por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente”⁴⁹.

- Prueba datos sobre el hijo causante: El empresario puede requerir al trabajador la aportación de pruebas oportunas que evidencien razonablemente su legítimo derecho al permiso parental (art. 8.6 PLA 1998), tales como: a) fecha del nacimiento del hijo a cuidar, b) condición de padre relevante (orden de adopción...), o c) naturaleza de la discapacidad del hijo.

- Permiso fraccionado: La notificación de quien pretende disfrutar un permiso parental fraccionado puede tratarse como (art. 8.7 PLA 1998): a) Un aviso, si el empleado ha notificado una vez su derecho especificando los dos periodos de permiso parental; b) Dos avisos, si el empleado ha notificado dos veces su derecho indicando en cada uno, el periodo de permiso parental.

Por el contrario, cuando la intención es hacer uso de un permiso del cuidador, el trabajador primeramente, debe instar una solicitud al Ministro de Protección Social para que dictamine una decisión teniendo en cuenta la ‘persona relevante’ (arts. 6.5 y 6.6 CLA 2001). El Ministro puede regular algún aspecto sobre la forma en que el permiso ha de ser disfrutado si se ejerce en varios periodos de tiempo (art. 8.6 CLA 2001).

En segundo lugar, el trabajador debe notificar esta intención al empresario en un plazo de al menos 6 semanas de antelación a la fecha inicial prevista de disfrute (art. 9.1 CLA 2001), salvo en caso de circunstancias excepcionales o de emergencia que lo impida, donde la notificación debe cursarse tan pronto como sea razonablemente posible (art. 9.2 CLA 2001). En esta propuesta de permiso se debe especificar la fecha de comienzo del derecho y la manera en que se propone disfrutar la licencia parental (en bloque o fraccionada), así como que la solicitud preceptiva al Ministro se ha efectuado y ya se ha recibido respuesta (art. 9.1 CLA 2001). Esta exigencia conlleva varios aspectos jurídicamente relevantes como:

⁴⁹ Alegación de la empresa, ratificada por el Tribunal, ante la solicitud de reincorporación del trabajo tras haber fallecido el sujeto que recibía el cuidado, STSJ Madrid 6 octubre 2011 (Rec. 824/2011).

	<ul style="list-style-type: none"> • “Arrepentimiento del trabajador”: Antes de producirse la fecha de inicio del permiso de cuidador, el empleado puede revocarlo, mediante escrito dirigido al empresario (art. 9.3 CLA 2001). • Incumplimiento plazo: Cuando la solicitud no cumple el plazo mínimo exigido de preaviso (6 semanas), el empresario puede, a su discreción, conceder el permiso parental con todos los efectos recogidos en la ley (art. 9.4 CLA 2001). • El empleador debe conservar todos los documentos entregados por el trabajador en la solicitud del permiso (art. 9.5 CLA 2001).
--	---

ESPAÑA	IRLANDA
REQUISITOS FORMALES PARA EJERCER EL DERECHO: CONTESTACIÓN DEL EMPRESARIO	
<p>El legislador configura esta especial excedencia como un auténtico derecho subjetivo, por lo que en modo alguno su reconocimiento tiene un carácter graciable o discrecional⁵⁰, así “la empresa, está obligada a conceder la excedencia y debe hacerlo sin dilaciones arbitrarias”⁵¹.</p> <p>En ocasiones, se observa que los convenios colectivos demandan una contestación escrita por parte del empresario como requisito <i>sine qua non</i> para iniciar el disfrute de este derecho conciliatorio, sin embargo, esta exigencia parece desvirtuarse si lo pretendido es aplazar el derecho pues sería contradictorio que “esperar obtener respuesta empresarial de la solicitud pueda privar al trabajador de un derecho reconocido por la ley”⁵².</p>	<p>Instada la solicitud del permiso, el empresario está obligado a considerar y responder a tal petición en un plazo que no ha de retrasarse de las 4 semanas anteriores al comienzo del disfrute si lo solicitado es el permiso parental (art. 9.1 PLA 1998) o de 2 semanas si se pretende el permiso del cuidador (art. 10.1 CLA 2001). Si el trabajador ha incumplido el preaviso preceptivo de 6 semanas, y el empleador acepta considerar la solicitud, tan pronto como sea posible (arts. 9.2 PLA o 10.1 CLA 2001).</p> <p>En esta notificación, firmada por el empleador, debe constar, al igual que lo reflejó el trabajador en la solicitud, la fecha de comienzo del derecho, la duración y la manera en que la licencia se disfrutará (arts. 9.1 PLA 1998 10.1 CLA 2001)</p> <p>El empresario ha de conservar tal escrito de confirmación (firmado por el trabajador afectado) y entregar una copia al trabajador, quien también tiene el deber de conservarlo (arts. 9.3 PLA 1998 o 10.3 CLA 2001).</p>

⁵⁰ “No depende de la voluntad de la empresa [sino que, por el contrario] opera automáticamente sin más requisito que la previa comunicación al empresario”, STSJ Comunidad Valenciana 30 julio 1996 (Rec. 2601/1995).

⁵¹ SSTSJ Madrid 10 enero 2002 y 29 abril 2003 (Rec. 5205/2001 y 327).

⁵² STSJ País Vasco 9 diciembre 2014 (Rec. 2367).

ESPAÑA	IRLANDA
APLAZAMIENTO O DENEGACIÓN DEL DERECHO POR PARTE DEL EMPRESARIO	
<p>Admitiendo que la excedencia se configura legalmente como un auténtico derecho del trabajador y que “la protección de la familia y la infancia es la finalidad que debe prevalecer y servir de orientación para solucionar cualquier duda interpretativa”⁵³, los únicos motivos que pudieran estar justificados para negar o aplazar el pase a la situación conciliatoria vienen dados: de un lado, por la no justificación de los requisitos exigidos para su ejercicio, de otro lado, y siempre que obedezcan a razones de funcionamiento empresarial, cuando la pretensión se curse, para cuidar al mismo causante, por dos o más trabajadores de la misma empresa (art. 46.3 ET).</p> <p>Frente a la eventual oposición empresarial (expresa o tácita) para disfrutar del derecho conciliatorio, la solución ofrecida al trabajador se sitúa no sólo en impugnar tal decisión ante el orden jurisdiccional social (cuyo procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente, art. 139 LJS); también es factible recurrir a la vía de hecho de auto tutela del propio derecho⁵⁴, y en consecuencia, adoptar unilateralmente la decisión de autoconcederse dicha situación de excedencia sin que, posteriormente, pueda alegarse faltas injustificadas de asistencia al trabajo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aplazamiento: <p>En virtud del art. 11.1 PLA 1998, instada la solicitud de permiso parental (y salvo que ya exista un documento de confirmación del derecho, firmado por ambas partes, art. 11.5 PLA 1998), el empresario puede tomar la decisión de posponer su inicio si está convencido de que su disfrute en el periodo acordado va a tener un importante efecto negativo sobre el funcionamiento de su negocio. El precepto enumera las causas concretas en virtud de las cuales cabe aplazar el derecho conciliatorio⁵⁵; a saber: variaciones estacionales en el volumen de trabajo, falta de disponibilidad de una persona para llevar a cabo las funciones del empleado que se acoge al permiso parental, naturaleza de esas funciones (difícil cobertura del puesto), el número de empleados que tienen derecho a disfrutar del permiso parental en el mismo periodo o, en fin, cualquiera otras cuestiones relevantes.</p> <p>Es condición <i>sine qua non</i> que, antes de notificar el aplazamiento propuesto, el empresario consulte con el empleado tal decisión (art. 11. 2 PLA 1998).</p> <p>Efectuada la consulta, el aplazamiento debe ser notificado al trabajador con al menos 4 semanas de antelación al comienzo previsto para el disfrute del derecho y la medida no puede exceder a 6 meses, a contar –salvo</p>

⁵³ STS 20 julio 2000 (Rec. 3799/1999) sobre la elección de turno o STSJ Baleares 8 octubre 2009 (Rec. 436).

⁵⁴ Defendiendo esta flexible solución, pues “los límites de la autotutela de los derechos del trabajador, han de hacerse compatibles con la existencia del derecho mismo, que dejaría de existir si la empresa pudiera arbitrariamente negarlo mediante una conducta dilatoria (...); y por otra parte la prohibición de la autotutela de los derechos ha de hacerse compatible también con el estado de necesidad como excusa absolutoria”, STSJ Navarra 4 mayo 2006 (Rec. 87).

⁵⁵ Se corresponden exactamente con los motivos que ejemplificaba la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, cuya letra e) de la Cláusula segunda, preveía que los Estados Miembros, a través de ley o de convenio colectivo, podían definir las circunstancias que permitiesen a un empleador posponer el permiso parental. Enumeración, que de manera llamativa, la nueva Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 suprimió.

	<p>pacto en contra— desde la fecha de inicio de disfrute especificada por el trabajador en la solicitud (art. 11. 1 PLA 1998). Tal escrito debe contener una declaración en forma de resumen sobre los motivos de la postergación (art. 11. 3 PLA 1998).</p> <p>Como regla general, la ley sólo permite aplazamiento, a menos que la causa de postergación sea la variación estacional en el volumen de trabajo, en cuyo caso, la concreta licencia puede ser pospuesta no más de dos veces (art. 11. 4 PLA 1998).</p> <p>Si por el hecho de retrasar la licencia parental debido a causas de funcionamiento empresarial, el periodo llega a su fin en virtud de operar los límites legales (edad del hijo o cese de discapacidad o enfermedad), la licencia parental aplazada dará lugar a un derecho diferido, es decir, más allá de la fecha normal de caducidad (art. 11.6 PLA 1998). Cuando el aplazamiento incide en un permiso parental fraccionado, salvo acuerdo entre contra, debe aplicarse a los dos periodos fraccionados [art. 11.6 A) PLA 1998].</p> <p>El empleador también está obligado a seguir el procedimiento anterior y proporcionar una razón justificadas para rechazar una solicitud de permiso parental flexible (art. 11.8 PLA 1998).</p> <ul style="list-style-type: none">• Denegación: <p>El legislador recoge expresamente la potestad empresarial para denegar la solicitud de ejercer el permiso parental cuando existan motivos razonables (en todo caso, justificados, art. 12.5 PLA 1998) para creer que el trabajador no tiene derecho (art. 12. 4 PLA 1998).</p> <p>Cuando lo solicitado es un permiso de cuidador, el único motivo a esgrimir por el empresario para oponerse al derecho es cuando la duración solicitada sea inferior a 13 semanas y además existan razones justificadas de las que tiene que dar cuenta por escrito (art. 8.2 CLA 2001).</p>
--	--

ESPAÑA	IRLANDA
EVENTUAL VARIACIÓN DEL DERECHO	
<p>La ley guarda silencio sobre una eventual variación del derecho, por ejemplo en orden a adelantar o prolongar la fecha de reincorporación a la empresa, ejercer el disfrute fraccionado una vez iniciado el derecho, etc., no obstante estos cambios siempre pueden darse por mutuo acuerdo de las partes o por aplicación de lo dispuesto en convenio colectivo, si es el caso.</p> <p>Algún pronunciamiento judicial ha reiterado que la propia finalidad de este tipo de excedencia “dota de flexibilidad al régimen jurídico que corresponde (...) de modo que, en lo que respecta a su duración, únicamente está sujeta a la previsión legal de un máximo de tres años, sin que se condicione cómo haya de ser la forma de petición o de disfrute. Por ello, aunque el trabajador inicialmente manifestara su voluntad de agotar aquel trienio, sin embargo, tiene derecho a reincorporarse en cualquier momento anterior”⁵⁶.</p> <p>Sobre cuanto atañe a la eventual enfermedad del trabajador cuidador, el art. 237.1 LGSS, en el capítulo relativo a las prestaciones familiares y a propósito de la excedencia por cuidado de hijos, no incluye la incapacidad temporal entre el abanico protector, limitándose a establecer que en esa situación “los tres años de periodo de excedencia (...) tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”.</p> <p>De este modo, “el reconocimiento de la situación de incapacidad temporal tiene</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Acuerdo de modificación. Tanto en el permiso parental como en el permiso del cuidador, a pesar de la confirmación del derecho, y con independencia de si el disfrute ha comenzado ya o no, ambas partes pueden ponerse de acuerdo para aplazar el permiso o parte del mismo, limitar su duración o variar la forma de disfrute; en cuyo caso, se procederá a la modificación del documento de confirmación (arts. 10.2 a) PLA 1998 o 12.1 CLA 2001). La parte no disfrutada en función de tal cambio puede ser disfrutada por el trabajador –previo acuerdo entre las partes– en cualquier otro momento (art. 10.3 PLA 1998 o 12.2 CLA 2001). • Disposición específica cuando el empleado que ha solicitado o disfruta un permiso parental se pone enfermo y como resultado no es capaz de cuidar al hijo (art. 10.2 b) PLA 1998). El empleado tiene la posibilidad de notificar por escrito al empleador dicha circunstancia [tan pronto como sea razonablemente posible y acompañando las pruebas pertinentes de su situación de incapacidad (art. 10.5 PLA 1998): certificado médico de médico registrado indicando que el empleado en cuestión, a causa de su enfermedad no puede cuidar al hijo, objeto de atención en virtud de la licencia parental] y su decisión de: a) posponer el permiso parental para el momento en que se haya recuperado, si el disfrute del derecho no ha comenzado todavía, o b) suspender el permiso parental para el momento en que ya no esté enfermo, cuando el derecho ya se haya iniciado. <p>El documento de confirmación se modificará en consecuencia (art. 10.2 b) PLA 1998)</p>

⁵⁶ STSJ Cataluña 13 julio 2004 (Sentencia 5405). En el mismo sentido, aunque el punto de discrepancia versa sobre la posibilidad de prolongar el derecho hasta el máximo legal sin necesidad de solicitar ulteriores prórrogas, y alegando que “sería muy discutible admitir que el trabajador puede renunciar «a priori» al ejercicio de un derecho de esta naturaleza, limitando ya la duración de la excedencia en el momento mismo de solicitarla o serle concedida, cuando desconoce las necesidades y exigencias de futuro que le puede originar el cuidado del hijo”, STSJ Cataluña 19 noviembre 1999 (Rec. 6228).

<p>como presupuesto hallarse en servicio activo⁵⁷ y no en situación de excedencia⁵⁸.</p>	<p>y, durante ese tiempo, el trabajador será tratado como un empleado enfermo.</p> <p>Si por el hecho de postergar o suspender la licencia parental por causa de enfermedad, el periodo llega a su fin en virtud de operar los límites legales (edad del hijo o cese de discapacidad o enfermedad), la licencia parental pospuesta o suspendida dará lugar a un derecho diferido, es decir, más allá de la fecha normal de caducidad (art. 10.4 PLA 1998).</p>
--	--

ESPAÑA	IRLANDA
SIMULTANEIDAD CUIDADORES	
<p>El legislador español dispone que si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho a la excedencia para cuidar al mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (art. 46.3 ET). Esta limitación parece no implicar una prohibición total a la simultaneidad, únicamente restringe la posibilidad de ejercitar el derecho conciliatorio de forma simultánea cuando dos trabajadores prestan servicios en la misma empresa y sólo si el empleador lo estima oportuno por razones justificadas, por lo que la simultaneidad será factible cuando los titulares del derecho desarrollen la actividad en empresas distintas o cuando, a pesar de ser compañeros de trabajo, el empresario no hace uso de la limitación conferida.</p>	<p>La ley que regula el permiso parental en Irlanda guarda silencio sobre la coincidencia de cuidadores por un mismo sujeto causante, sin embargo, cuando el derecho conciliatorio se ejerce para el cuidado genérico de personas, el legislador prevé expresamente la imposibilidad del empleado de acogerse al permiso “durante el mismo periodo en el cual otro empleado está proporcionando la atención a esa misma persona” (art. 6.3 CLA 2001).</p>

⁵⁷ Sobre la denegación de la solicitud de suspensión de la excedencia por cuidado de hijo y reconocimiento de baja laboral por intervención quirúrgica, STS (Contencioso-administrativo) 2 noviembre 2015 (Rec. 169).

⁵⁸ Cuestión distinta sería la situación de aquella trabajadora que, estando de baja laboral, solicita excedencia por cuidado de hijo para una fecha posterior en la que suponía habría causado alta por curación pero no fuera así, STSJ Galicia 30 junio 2008 (Rec. 4343/2005).

ESPAÑA	IRLANDA
TRANSFERENCIA DEL DISFRUTE	
<p>La regla general viene dada por la imposibilidad de transferir la excedencia por motivos familiares, sobre todo si tenemos en cuenta que el reconocimiento individualizado (propio y no derivado) significa que “no se puede optar por ceder el derecho. Si no se disfruta (...), se pierde”⁵⁹ pues, en todo caso, el periodo de excedencia que uno de los trabajadores tiene reconocido y no ejercita no supone la acumulación al tiempo de conciliación del otro empleado.</p> <p>Esto “es consustancial a la propia finalidad de la norma, que no se limita a dar una respuesta legal a la necesidad de cuidado que los familiares más próximos pueden requerir, sino que aspira a promover el reparto de las cargas familiares”⁶⁰.</p> <p>No obstante, la transferencia tiene una estrecha relación con la limitación sobre la acumulación de cuidadores por un mismo sujeto causante (y no sólo la establecida en la ley a disposición del empleador sino también la decidida por los propios empleados a consecuencia de que, además de producirse un exceso de cuidadores –y un posible abuso de derecho–, en la mayoría de los casos será difícil poder permitirse ambos trabajadores abandonar temporalmente el empleo para cuidar a su familia y sobre todo dejar con ello de percibir remuneración); en consecuencia se entiende que cabe la transferencia indirecta (entre progenitores, entre un padre y un abuelo, o entre parientes, etc.), de considerar que unos titulares pueden renunciar (antes que ceder) a su derecho conciliatorio en beneficio de otros.</p>	<p>Aunque la experiencia internacional ha demostrado que, cuando se le permite la transferencia de la licencia parental, el tráfico es invariablemente en una dirección: de padres a madres, en la normativa irlandesa cabe una excepción a la regla general de imposibilidad de transferir el permiso parental, ya de forma total o parcial, a cualquier otro progenitor.</p> <p>Se permite la transferencia si ambos progenitores trabajan en la misma empresa y exista el consentimiento del correspondiente empleador. En todo caso, únicamente cabe ceder 14 de las 18 semanas, es decir, por lo menos cuatro son intransferibles (art. 6.6 PLA).</p>

⁵⁹ PÉREZ DEL RIO, T.: “El principio de igualdad de trato y la prohibición por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en AA.VV.: *Mujer y Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003, pág. 310.

⁶⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pág. 27.

ESPAÑA	IRLANDA
ADVENIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO	
<p>El legislador apunta que cuando otro sujeto causante hiciera surgir el derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio del mismo pondrá fin al que, en su caso, se viniera disfrutando (art. 46. 3 ET).</p> <p>Contrariamente a lo que establece el legislador con respecto a la excedencia voluntaria ordinaria, en cuanto a la imposibilidad de ejercer el derecho otra vez si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia (art. 46.2 ET), en esta especial excedencia no se establece límite alguno</p>	<p>El trabajador tiene derecho a un permiso parental respecto de cada hijo (art. 6.4 PLA 1998). Si tuviera más de un descendiente (y no se trata de un parto múltiple), aun cuando ostenta el derecho a un permiso parental de 18 semanas por cada uno, el periodo de disfrute no podrá ser superior a 18 semanas en un periodo de 12 meses, salvo que medie consentimiento empresarial (art. 7.3 PLA 1998). La excepción se sitúa en casos de parto múltiple.</p> <p>En el permiso del cuidador existen requisitos adicionales, según el caso:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si se está ejerciendo un derecho de la misma naturaleza: El permite al trabajador puede solicitar otra licencia (que seguirá el mismo procedimiento formal que la anterior) para cuidar a otra persona siempre y cuando esta última resida con la persona relevante primera (art. 7.2 CLA 2001), es decir, para atender a dos personas que viven juntas y ambas tienen la necesidad atención a tiempo completo. En esta situación, ninguno de los periodos de permiso de cuidador podrá exceder de 104 semanas desde su comienzo (marcado en la decisión del Ministro) y, consecuentemente, la duración total de ambos derechos no podrá ser superior a 208 semanas (art. 7.4 CLA 2001). <p>Como límite máximo, la ley prevé la imposibilidad del empleado, que ejerza este permiso con respecto a dos personas relevantes, de solicitar otro para prestar atención a una tercera persona (art. 7.5 CLA 2001):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el permiso del cuidador ya ha terminado: el trabajador no tiene derecho a iniciar un nuevo periodo de permiso en relación con otra persona relevante hasta que hayan transcurrido al menos 6 meses desde la finalización del permiso anterior.

ESPAÑA	IRLANDA
TERMINACIÓN DEL DERECHO	
	<p>El permiso del cuidador termina por lo general en la fecha especificada en el documento de confirmación [art. 11.1 a) CLA 2001], no obstante también puede concluir por acuerdo entre empresario y trabajador [art. 11.1 b) CLA 2001] y por otras razones de las que cabe dar cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando la persona que está siendo atendida deja de cumplir los requisitos de persona relevante [art. 11.1 c) CLA 2001]. • Cuando el empleado no cumple las condiciones de proporcionar la “atención y cuidado a tiempo completo” exigido [art. 11.1 d) CLA 2001]. • Cuando la persona relevante fallece [art. 11.1 f) CLA 2001], en cuyo caso, el permiso terminará a las 6 semanas siguientes de la muerte o en la fecha especificada en el documento de confirmación si fuera anterior. • Por decisión oficial del Ministro de Protección Social (art. 11.2 CLA 2001), notificada al empresario y al trabajador tan pronto como sea posible (art. 11.2 <i>in fine</i> CLA 2001) basada en alguno de los siguientes supuestos: <ul style="list-style-type: none"> - No cumplir los requisitos de persona relevante [art. 11.2 a) CLA 2001]. - No brindar los requisitos de atención y cuidado a tiempo completo [art. 11.2 b) CLA 2001]. - El trabajador está desarrollando o ha ocupado durante el permiso del cuidador un empleo o autoempleo prescrito [art. 11.2 c) CLA 2001], es decir, cuando la actividad por cuenta ajena o propia sobrepasa las 15 horas por semana <p>Recibida por el empresario, la decisión oficial de terminación del permiso del cuidador, debe notificar al trabajador, tan pronto como sea posible, la fecha concreta (y razonable) en que debe reingresar al trabajo (art. 11.3 CLA 2001). El trabajador debe reincorporarse a la empresa en la fecha especificada sabiendo que el tiempo que reste entre esta fecha y la que se acordó en el documento de confirmación no será considerado como permiso conciliatorio (art. 11.4 CLA 2001). Efectuada la reincorporación, el empresario debe notificar este hecho al Ministro de Protección Social (art. 11.5 CLA 2001).</p> <p>La ley también recoge en el art. 11.7 CLA 2001 la manera de notificación al trabajador, previendo tanto la entrega personal como la remisión postal certificada a la dirección que consta como la última residencia del empleado o, cuando corresponda, a la residencia de la persona relevante.</p>

ESPAÑA	IRLANDA
DERECHOS Y CONDICIONES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL	
<p>- Derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año (el cómputo se cuenta a partir del inicio del periodo de excedencia y no desde el nacimiento u orden de adopción, acogimiento...) y de un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente durante el segundo y tercer año. En caso de familia numerosa, la reserva del mismo puesto se amplía durante máximo 15 (familia numerosa general) o 18 meses (familia numerosa especial).</p> <p>- Periodo computable a efectos de antigüedad.</p> <p>- Asistencia cursos de formación (derecho a ser convocado por el empresario, en especial con ocasión de su reincorporación)</p> <p>- Periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social (jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad) y situación asimilada al alta: cuidado de hijos (3 años) y cuidado de familiares (1 año).</p> <p>En España, la situación de excedencia por motivos familiares, no interrumpen el cómputo del periodo de prueba (art. 14.3. 1º ET) o el periodo de contrato de trabajo en prácticas (art. 11.1 b) 2º ET) o para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 b) 3º ET) aunque siempre cabe acuerdo con el empleador o previsión en convenio colectivo.</p> <p>Los obligación de respetar los derechos adquiridos o en proceso de adquisición por los trabajadores que disfrutan de un permiso parental “debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que reviste una especial importancia y que, por tanto, no puede ser interpretado de manera restrictiva”⁶¹, sin embargo, la Directiva no impone obligaciones a los Estados Miembros para garantizar que los empleados continúan recibiendo los beneficios de la Seguridad Social durante el permiso parental⁶².</p>	<p>El tiempo dedica al cuidado de hijos o personas en virtud de estos permisos se considera a todos los efectos como si no hubiera estado ausente en el empleo, por lo que ninguno de sus derechos laborales pueden verse afectados (art. 14. 1 PLA 1998⁶³ y art. 13.1 CLA 2001) excepto:</p> <ul style="list-style-type: none"> - En el permiso parental: el correspondiente a la remuneración y a los beneficios de jubilación o cualquier otra obligación de cotizar. - En el permiso del cuidador: el relativo a la remuneración, las vacaciones y días festivos (sólo genera el derecho con respecto a las primeras 13 semanas de permiso de cuidador, art. 13.2 y art.3 CLA 2001), a los beneficios de jubilación y a cualquier otra obligación de cotizar. <p>Los periodos del permiso parental o de cuidado de personas no se consideran como parte de otro permiso de empleo, incluyendo las licencias por enfermedad, vacaciones anuales, adopción, maternidad y fuerza mayor (art. 14. 2 PLA 1998 y art. 13.4 CLA 2001).</p> <p>Si el trabajador que inicia el permiso parental o el permiso del cuidador se encuentra en periodo de prueba o está contratado en virtud de un contrato en formación o en aprendizaje, el empresario puede acordar que el cómputo de tales situaciones se interrumpan durante el derecho conciliatorio (art. 14. 3 PLA 1998 y art. 13.5 CLA 2001).</p> <p>A la terminación del permiso parental o permiso del cuidador, independientemente cuáles fueran las causas, el empleado tiene derecho a regresar al trabajo realizado inmediatamente antes de iniciar el permiso (generalmente, el mismo puesto de trabajo, salvo que no hubiera estado desarrollando con</p>

⁶¹ STJUE 116/08, de 22 octubre 2009, asunto *Meerts v Proost NV*.

⁶² “La determinación de la medida en que el trabajador puede seguir adquiriendo derechos de Seguridad Social mientras disfruta de un permiso parental a tiempo parcial es tarea de los Estados miembros”, STJUE 537/07, de 16 julio 2009, asunto *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*.

⁶³ En este contexto, es de especial interés la STJCE 333-97, de 21 octubre 1999, asunto *Lewen v Denda*. El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 119 del Tratado CE se

<p>Ante este hecho, o por ejemplo ante la imposibilidad de la prestación por una eventual interrupción del trabajo en la empresa, resultaría operativo el art. 30 ET en virtud del cual “Si el trabajador no pudiera prestar su servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”.</p>	<p>anterioridad su trabajo normal o habitual, hecho que también apunta el legislador en el art. 15. 2 PLA 1998 y art. 14.2 CLA 2001), en el marco del mismo contrato de trabajo y bajo idénticos términos y condiciones de empleo. En consecuencia, la incorporación no ha de tener lugar en condiciones menos favorables a las precedentes; antes al contrario, habrá de incluir cualquier mejora en la remuneración u otros aspectos laborales acaecidos mientras estaba en ejerciendo el derecho conciliatorio [art. 15.1 PLA 1998 y art.14.1 c) CLA 2001].</p>
<p>Cabe contemplar la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social como cuidador no profesional al amparo del RD 615/2007, de 11 de mayo “por los períodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de</p>	<p>Si no es razonable o factible el regreso al mismo puesto, el empresario debe ofrecer al trabajador una alternativa de empleo adecuada (art. 16.1 PLA y art. 15.1 CLA 2001). En cuanto hace al término ‘adecuado’⁶⁴, el legislador ofrece unas</p>

opone a que un empleador excluya por completo a las trabajadoras femeninas que disfrutaran de un permiso parental del pago de una gratificación de carácter voluntario de Navidad, sin tener en cuenta el trabajo realizado en el año en que se concede la gratificación, ni tampoco el período de descanso por maternidad durante el cual se le prohibió trabajar, cuando esa gratificación tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año (la justificación alegada por el empleador radicaba en hacer de la gratificación un aliciente para el trabajo futuro, algo que no puede esperar, a corto plazo, de una mujer que disfruta de un permiso parental durante cierto tiempo). El Tribunal declaró que un trabajador que ejerce el derecho legal a disfrutar de un permiso parental (y que conlleva el pago de una prestación de crianza por parte del Estado alemán) se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse con la de un hombre o una mujer que trabajen, puesto que dicho permiso implica la suspensión del contrato de trabajo y, por lo tanto, de las respectivas obligaciones del empleador y el trabajador.

Por lo tanto, el Derecho comunitario no es contrario a la negativa a pagar dicha gratificación a una mujer que disfruta de un permiso parental cuando la concesión de la mencionada gratificación está sujeta a la única condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión, pero el artículo 119 del Tratado CE se opone a que un empleador, al conceder una gratificación de Navidad, tenga en cuenta, con el objeto de reducir proporcionalmente la prestación, los periodos de descanso de maternidad y durante los cuales se prohíbe trabajar. Sin embargo, el Derecho comunitario es acorde a la decisión de un empleador en virtud de la cual, al conceder una gratificación de Navidad a una trabajadora que está en permiso parental, tenga en cuenta los períodos de permiso parental, a fin de reducir proporcionalmente la prestación. Part. 8A, 80 G, 1. b) Employment Rights Act 1996, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/80G>.

⁶⁴ En palabras de los Tribunales, requiere “un análisis subjetivo de la labor realizada y las condiciones de empleo del empleado antes de tomar la licencia” e incluso con respecto de sus concretas circunstancias, *EAT Tighe v Travenol Laboratories (Ltd P14/1986)*, al respecto de la reclamación de una mujer alegando que había sido “constructiva” e injustamente despedida, pues cuando terminó la licencia de maternidad regresó a un trabajo de producción, cuando en el tiempo inmediatamente anterior prestaba servicios como empleada de oficina. El Tribunal tomó en consideración la prueba subjetiva y afirmó que la naturaleza del trabajo involucrado en la producción es muy diferente del

<p>cotización efectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 [actual 237] Ley General de la Seguridad Social” (art. 2.3 RD).</p>	<p>nociones básicas: se trata de un empleo apropiado para el trabajador en cuestión atendiendo a sus circunstancias, y en términos no menos favorables en comparación con el anterior trabajo (incluyendo las mejoras). Además, procederá considerar el lugar donde debe desarrollarse la prestación, la capacidad del empleado y ponderar si media la continuidad en el servicio (art. 16.2 PLA y art. 15.2 CLA 2001).</p> <p>La norma se preocupa de un adecuado retorno del trabajador cuando se ha producido un cambio de empresario, refiriéndose al empleador “sucesor” [art. 15.1 a) PLA 1998 o art. 14.1 a) CLA 2001]. De manera diferente, igual ocurre cuando el trabajador reincorporarse debido a una interrupción o cese del trabajo en la empresa, supuesto ante el cual el trabajador tendría que esperar y regresar a trabajar cuando se reanude la actividad en la empresa o tan pronto como sea posible después de tal reanudación (art. 15.3 PLA 1998 y art. 14.3 CLA 2001).</p>
---	---

ESPAÑA	IRLANDA
REINGRESO AL TRABAJO	
	<p>La única mención legal sobre el reingreso al trabajo aparece respecto al permiso del cuidador, requiriendo al empleado, que tenga la intención de reincorporarse a la empresa, preavisar a su empleador con una antelación de 4 semanas a la fecha de reingreso (art. 9.6 CLA 2001), exigencia exenta de cumplir si el derecho termina por decisión oficial (art. 9.7 CLA 2001).</p>

trabajo de oficina, no considerando apropiado desde el punto de vista del empleado, aunque la dirección argumentara que el trabajo de producción era apropiado para el empleado dadas las circunstancias, LAW SOCIETY OF IRELAND (MOFFATT, J., Ed.): *Employment Law*, cit., pág. 132.

ESPAÑA	IRLANDA
DERECHO A SOLICITAR CAMBIOS EN EL TRABAJO	
<p>En cualquier momento, y no sólo cuando el trabajador se reincorpora a la empresa después de haber disfrutado de una excedencia por motivos familiares, es posible solicitar una reducción de jornada por guarda legal (art. 37.5 ET) o una adaptación de la jornada de trabajo para conciliar (art. 34.8 ET).</p> <p>Estos beneficios vienen referidos únicamente al horario (no al trabajo funcional) y presentan las siguientes características:</p> <p>La reducción de jornada diaria por guarda legal (art. 37.5 ET) con la disminución proporcional del salario, opera entre:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Para cuidado directo de: 1) menor de 12 años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida o 2) Familiar, hasta el 2º grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. • Al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio 	<p>El empleado que retorna al trabajo después un permiso parental, tiene derecho a solicitar un cambio en las horas o en el patrón de trabajo (o en ambos), por un periodo determinado (art. 15.A PLA).</p> <p>La solicitud se debe presentar por escrito tan pronto como sea razonablemente posible, pero no más allá de las seis semanas anteriores a la fecha de comienzo de la propuesta en cuestión, especificando la naturaleza de los cambios solicitados y la fecha de inicio y la duración del período de la misma (art. 15.A. 2 PLA).</p> <p>El empresario debe considerar tal petición teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las del empleado, pero no está obligado a concederla (art. 15.A. 3 PLA)⁶⁵. Su respuesta, concediendo o no lo instado, debe notificarse por escrito tan pronto como sea razonablemente factible, pero a más tardar dentro de las cuatro semanas después de la recepción de la solicitud del empleado (art. 15.A. 3 PLA).</p> <p>Si se acepta la solicitud, sobre el empleador pesa la obligación de preparar un acuerdo donde aparezcan la naturaleza de los cambios, la fecha de inicio y la duración del periodo, que puede ser decidido entre ambas partes (art. 15.A. 3 PLA).</p> <p>El empresario debe conservar el acuerdo (firmado por el trabajador afectado) y entregar una copia al interesado, quien también tiene el deber de conservarla (art. 15.A. 5 PLA 1998).</p>

⁶⁵ En Reino Unido, estas solicitudes sólo pueden ser rechazadas por “razones empresariales”, tales como: asunción de costes adicionales; efecto perjudicial sobre la capacidad para satisfacer la demanda del cliente; incapacidad para reorganizar el trabajo entre el personal existente; incapacidad para contratar personal adicional; repercusión perjudicial en la calidad; impacto negativo en el rendimiento; insuficiencia de trabajo durante los períodos que el empleado se propone trabajar o cambios estructurales planeados. Además, si el empleador desea rechazar la solicitud, el empleado debe ser invitado a una reunión para discutir la situación dentro de los 28 días siguientes a la fecha en que el empleador recibe la solicitud, en SMITH, I. Y BAKER, A.: *Smith & Wood's Employment Law*, 11ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2013, pág. 288.

<p>colectivo, cabrá establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.</p> <p>La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada corresponden al trabajador⁶⁶, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas⁶⁷.</p> <p>El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.</p> <p>La adaptación de la jornada de trabajo para conciliar (art. 34.8 ET) se hace en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en acuerdo entre empresario y trabajador.</p>	<p>El trabajador puede revocar esta solicitud siempre que lo comunique por escrito al empresario antes de que el concreto acuerdo esté formalizado (art. 15.A. 6 PLA 1998).</p>
--	---

⁶⁶ “Ello supone que, en los supuestos de colisión de interés entre el trabajador y el empresario, debe prevalecer aquella posición que pueda considerarse más idónea para la atención del menor. Ahora bien el ejercicio del derecho debe estar regido por los principios de buena fe y no resultar en extremo perjudicial para el empresario; por tanto la concreción horaria en materia de reducción de jornada para el cuidado de un menor siendo un derecho básico del trabajador, no puede considerarse un derecho absoluto que prevalezca cualquiera que sean las consecuencias que ello provoque en el empresario”, STSJ La Rioja 10 febrero 2012 (Rec. 22).

⁶⁷ El juez avaló la decisión de la empresa que negó la concreción horaria a disfrutar por la trabajadora en la reducción de jornada por guarda legal amparándose en aplicación del convenio colectivo que no permitía la reducción de la jornada de la forma y modo solicitada (en días sueltos), sino que lo debía hacer en bloque, STSJ Cataluña 3 junio 2013 (Rec. 6219/2012).

ESPAÑA	IRLANDA
GARANTÍA DE INDEMNIDAD	
<p>La finalidad tuitiva que la excedencia por motivos familiares trata de materializar en favor del trabajador perdería fuerza si no contara con el amparo derivado del hecho de proteger a quien acuda a este derecho conciliatorio frente a la extinción del vínculo contractual, en particular, mediante el despido. Así, el legislador español, en línea con la Cláusula 5.2 de la Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010, reconoce específicamente como nulos (con la consecuencia de la readmisión inmediata del trabajador/a y el abono de los salarios dejados de percibir) aquellos despidos, ya sean por causas objetivas por causas objetivas (art. 53.4 b) ET) o por razones disciplinarias (art. 55.5 b) ET) a aquellos trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el art. 46.3 ET.</p> <p>La diferencia con el sistema irlandés es patente pues en España no protege expresamente frente a cualquier represalia posible, pues tas no tienen que venir necesaria y exclusivamente referidas con el despido objetivo o el disciplinario, sino que pueden adoptar la forma de una decisión de movilidad funcional o geográfica o una modificación de condiciones de trabajo, etc. En este caso, la protección debería solicitarse a través del procedimiento de tutela antidiscriminatoria con los problemas de demostración de indicios que supone a efectos de inversión de la carga de la prueba.</p> <p>Además, hay quien en la doctrina⁶⁸ ha apreciado alguna carencia más en la normativa española, de un lado, que la especial protección “referente a la calificación de la nulidad del despido no hace referencia al despido causalizado por el disfrute de los permisos establecidos en el art. 37.3 ET, mientras sí que se hace referencia expresa a los contemplados en los nº 4 y 5 del mismo precepto. No se garantiza frente a las represalias adoptadas por quien emplea en caso de ejercicio incontentido</p>	<p>La legislación protege a los progenitores que están disfrutando o han disfrutado de un permiso parental o permiso del cuidador [e igualmente cuando se ejerza o se haya ejercido el derecho a solicitar el cambio en las horas de trabajo o en el patrón de trabajo en virtud del art. 15 a) PLA 1998], prohibiendo al empleador penalizarlo por ejercer el derecho conciliatorio en los siguientes ámbitos: despido, trato injusto --incluyendo la selección para los despidos--, o un cambio desfavorable en las condiciones laborales (art. 16.A. 1 y 2 PLA 1998 y art. 16.1 y 2 CLA 2001). A menos que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, hubiera razones de peso que justificaran la decisión empresarial, el despido será tachado de improcedente (art. 16.A. 3 y 4 PLA 1998 y art. 16. 3 y 4 CLA 2001), entendiéndose realizado en la fecha en que tenía derecho a volver al trabajo por finalizar el permiso. En virtud del art. 7.1 Unfair Dismissals Act, 1977 to 2007 (No. 10)⁶⁹ o Ley de despidos injustos, el órgano judicial concederá al trabajador uno de los siguientes recursos: reincorporación al trabajo en los términos ante expuestos, compromiso de una nueva contratación o compensación de hasta un máximo de 2 años de salario).</p>

⁶⁸ PÉREZ DEL RIO, T.: “El principio de igualdad de trato y la prohibición por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, cit. pág. 310.

⁶⁹ http://www.lawreform.ie/_fileupload/RevisedActs/WithAnnotations/HTML/EN_ACT_1977_0010.htm.

de los derechos (como ocurre por ejemplo en el supuesto contemplado por el art. 21.4 de la LPRL) de tal manera que ante una negativa empresarial, el trabajador y la trabajadora deben obedecer y después reclamar judicialmente.	
---	--

III. BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B.: “Principales Líneas programáticas y normativas diseñadas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León para la tutela de las situaciones de monoparentalidad”, *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 11, 2008.

- “Algunos interrogantes sobre las familias numerosas”, *Conferencia en el Primer Foro Nacional de Familias Monoparentales*, 2010.

- “Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R., Dirs. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): *La inserción de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999.

DALY, M., y CLAVERO, S.: *Contemporary family police in Ireland and Europe*, Dublin (Department of Social and Family Affairs), 2002.

- *Contemporary Family Policy: A Comparative Review of Ireland, France, Germany, Sweden and the UK*, Dublin (Institute of Public Administration), 2002.

DAVID, R. y JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., México (Universidad Nacional), 2010.

DEPARTMENT OF EDUCATION AND SCIENCE PRIMARY BRANCH: *Carer’s Leave for Primary Teachers*, 2003.

DEPARTMENT OF EDUCATION AND SCIENCE: *Carer’s Leave for Teachers in Second Level Schools*, 2003.

DEPARTMENT OF EDUCATION AND SKILLS: *Parental Leave- Amendment for Staff in Institutes of Technology*, 2012.

- *Parental Leave entitlements for registered teachers in recognised Primary and Post Primary Schools (Circular 0026/2013)*, 2013.

DEPARTMENT OF JOBS, ENTERPRISE AND INNOVATION: *Carer’s Leave Act, 2001. Explanatory Booklet for Employers and Employees*, Dublin, 2011.

DEPARTMENT OF PUBLIC EXPENDITURE AND REFORM: *Parental Leave in the Civil Service*, 2013.

- Circular 13/2010: Amendment to Parental Leave Arrangements (age), 2010.
- DUBLIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY: *Parental leave policy & guidelines*, 2015.
- EUROFOUND: *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European Union*, Luxemburgo (Oficina de publicaciones de la Unión Europea), 2015.
- FAULKNER, M.: *Essentials of Irish Labour Law*, 2ª ed., Dublin (Gill & Macmillan), 2013.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Salud y mujer en la negociación colectiva”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Dirs.): *La igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva: análisis de la situación actual y propuesta de futuro*, Pamplona (Aranzadi), 2016.
- GOVERNMENT OF IRELAND, PROGRAMME FOR PROSPERITY AND FAIRNESS: *Report of the working group review of the Parental Leave Act 1998*, Dublin, Stationery Office, 2002.
- HEPPLE, B.: “The contribution of comparative law to understanding labour relations”, en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2014.
- IRISH GOVERNMENT: *Legislation Programme Spring/Summer Session 2015*, enero 2015.
- KAHN-FREUND, O.: “On uses and misuses of comparative law”, *The Modern Law Review*, Vol. 37, núm. 1, 1974.
- LAW SOCIETY OF IRELAND (MOFFATT, J., Ed.): *Employment Law*, 3ª ed., Oxford (Oxford University Press), 2011.
- MAYNOOTH UNIVERSITY: *Parental & Force Majeure Leave Scheme*, 2013.
- NICHOLLS, K.: *Europeanizing responses to labor market challenges in Greece, Ireland, and Portugal: the importance of consultative and incorporative policy-making*, Tesis doctoral, Indiana (Universidad de Notre Dame), 2007.
- OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Transnacional del Trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.
- PÉREZ DEL RIO, T.: “El principio de igualdad de trato y la prohibición por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, en AA.VV.: *Mujer y Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003.
- PRIETO PADÍN, P.: “Excedencia por cuidado de hijos y familiares: compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena y competencia desleal”, *RTSS (CEF)*, núm. 391, 2015, págs. 101-132.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.

SMITH, I. Y BAKER, A.: *Smith & Wood's Employment Law*, 11^a ed., Oxford (Oxford University Press), 2013.

WEISS, M.: "Convergence and/or divergence in Labor Law systems?: A European perspective", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 28, 2007.

IDEOLOGÍA Y CONCEPTO DEL MATRIMONIO¹

Jorge Adame Goddard

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen

La ideología, tantas veces instrumento de lucha al margen del esfuerzo por la comprensión, forma parte del discurso propio de los debates; el concepto nos remite a lo que se mantiene idéntico en sus elementos esenciales, siendo la elaboración de conceptos y su posterior relación y organización en un sistema lo propio del pensamiento científico. El legislador históricamente ha venido disponiendo sobre el concepto de matrimonio, casi como puede el propietario disponer de una cosa, en una clara manifestación de lo que es el pensamiento ideológico, un pensamiento sujeto a negociación. Frente a la ideologización del matrimonio, el autor propone recuperar su esencia.

■ **Palabras clave:**
Ideología; Concepto científico;
Matrimonio;
Evolución legislativa;
México

Abstract

■ **Keywords:** Ideology;
Scientific concept;
Marriage; Legislative development; México

Ideology indicates debate, concept refers to development of scientific systems. In contrast to historical legislative role, author proposes to give up ideological components and sharpe the focus on the marriage conceptual essence.

I. Introducción – II. La ideología del matrimonio – III. El concepto del matrimonio – IV. Conclusión

¹ La mesa en la que fue pronunciada esta conferencia fue presentada y moderada por el Prof. Dr. José Ramón Narváez Hernández, Profesor del Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, representante del partner internacional en México y coordinador de la actividad en aquel país.

I. INTRODUCCIÓN

Ideología y concepto son dos formas diferentes de explicar la realidad. La ideología, de acuerdo con la definición que da Karl Mannheim en su conocida obra *Ideología y Utopía*², es una explicación o interpretación de la realidad conformada para favorecer o defender determinados intereses económicos o políticos. Es el discurso propio de los debates políticos, de las negociaciones, en las que se puede ceder y modificar las ideas con tal de obtener determinadas ventajas. No quiero esto decir que todo el pensamiento ideológico es sofisma, engaño, pero su característica primordial no es el tratar de comprender la realidad tal cual es, sino de presentarla de forma que resulte conveniente o ventajosa para determinadas posiciones.

Cuando se habla del concepto o noción de alguna cosa se pretende, aunque no siempre se logre, hacer una presentación intelectual, una abstracción, lo más fiel posible de lo que esa cosa es. A veces se objeta que las cosas no tienen una realidad fija, sino cambiante, de modo que pueden ser de una manera y luego lo son de otra. Pero esta misma objeción supone la permanencia de la cosa que puede asumir distintas formas o modos de ser y seguir siendo, no obstante, la misma cosa.

Esta permanencia de las cosas, a pesar de su incesante cambio, es el presupuesto de todas las ciencias naturales que se ocupan de los seres inanimados o de los seres vivos. Se pueden, por ejemplo, clasificar los elementos de la materia, porque se presupone que de alguna manera son permanentes, aunque puede haber múltiples combinaciones entre ellos y alteraciones de cada uno; se pueden clasificar las especies biológicas, sin negar la mutación que ha habido entre ellas, porque hay una cierta permanencia de las mismas.

Algo semejante sucede en el ámbito de la vida social: hay muchas realidades que, no obstante la mutabilidad de la historia humana, se mantienen idénticas en sus rasgos esenciales, por ejemplo la relación de intercambio de una cosa por una cantidad de dinero, o la relación de dos o más personas para procurar un fin común que a todas beneficie, o la necesidad, en todo grupo humano, de un orden coactivo y de un gobierno. Y así como las ciencias naturales elaboran conceptos que pretenden ser representaciones intelectuales o abstracciones de una determinada realidad, las ciencias sociales y humanas elaboran conceptos acerca de la realidad del ser humano y de su vida comunitaria, como los conceptos de compraventa, asociación, poder político que reflejan esas realidades permanentes.

La elaboración de conceptos y su posterior relación y organización en un sistema es lo propio del pensamiento científico. Quien hace ciencia tiene una posición muy diferente del ideólogo; al científico lo que le interesa es el conocimiento de la realidad tal cual es.

² MANNHEIM, Karl, *Ideología y utopía: una introducción a la sociología del conocimiento*, trad. por Eloy Terrón, Madrid, 1966.

Respecto del matrimonio, se pueden hacer esas dos explicaciones, una ideológica y otra conceptual. Se puede explicar ideológicamente como el resultado de una determinada posición política o económica que impone una imagen del matrimonio, por medios legislativos, con apoyos económicos y de los medios de comunicación masiva. Se puede explicar conceptualmente lo que es el matrimonio a partir de la observación de lo que hay de permanente en esa relación humana que se suele llamar matrimonio. Podría haber una tercera explicación en esta materia, como en muchas otras, que sería la explicación sociológica por la cual se indica cómo es que de hecho se vive, en un determinado grupo social, esa relación llamada matrimonio.

La posición ideológica es la intelectualmente menos defendible; es más arma de lucha, que esfuerzo de comprensión. La explicación conceptual es quizá la más difícil de alcanzar porque supone, no solo la atenta observación de la realidad, sino además la discriminación entre lo permanente y lo accidental; esto es, el esfuerzo por precisar las notas esenciales o propiedades de cada cosa. La explicación sociológica se refiere a la medición de lo que ocurre, de modo que refleja la realidad actual; tiene la dificultad de que debe generalizar los resultados obtenidos a través de la observación de poco casos (siempre serán pocos, aunque sean miles), como si fueran representativos de lo que ocurre en la totalidad del grupo analizado, y esto genera un margen de error e incertidumbre.

La explicación conceptual y la sociológica por sí mismas no se contradicen, sino que se complementan. La primera tiende a lo permanente, la segunda a lo actual; la primera indica lo que es posible, la segunda, lo que de hecho ocurre. Todo intento serio de reforma social debe tener en cuenta ambas conclusiones, de modo que se oriente lo actual hacia lo mejor posible, y no que se reduzca lo posible a lo actual, renunciando a lo mejor; ni que se oriente lo actual hacia lo imposible, lo que sería gran insensatez.

En este trabajo no me referiré a esa explicación sociológica del matrimonio, porque mi intención es demostrar cómo una concepción ideológica del matrimonio se ha venido imponiendo por vía legislativa, hasta el punto de prácticamente afirmarse que el matrimonio no tiene una realidad propia, sino que es lo que los legisladores deciden que sea. Y, por otra parte, intento proponer un concepto de matrimonio inferido a partir de la realidad de la capacidad que tiene el ser humano de amar al prójimo como a sí mismo y de las relaciones que establece a partir de ella.

II. LA IDEOLOGÍA DEL MATRIMONIO

La ideologización del matrimonio a la que me quiero referir comienza como resultado de la Revolución Francesa que, en su afán de establecer la independencia entre el poder político y la Iglesia, lleva al poder político a reclamar, como una atribución propia y soberana, el poder de legislar acerca del matrimonio sin ninguna limitación. Es un proceso que se ha vivido en los países que recibieron el influjo de dicha revolución, y seguramente con diversos matices en cada uno. En este trabajo únicamente me referiré a cómo se produce esta ideologización del matrimonio en la

legislación civil mexicana, presuponiendo que algo semejante habrá ocurrido en otros países.

El punto de partida en México fue la *Ley del matrimonio civil* del 3 de julio de 1859³, una de las llamadas “leyes de Reforma”. En los considerandos de esta ley, se dice que el Estado da por terminada la delegación de potestad que había hecho a favor de la Iglesia para que ésta regulara el matrimonio, y que reasume “todo el ejercicio del poder” en esta materia, por lo que cuidará de que “un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las formalidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza”.

Cuando el Estado afirma que tiene todo el poder para regular el matrimonio se entiende que el Estado tiene el poder de decidir qué es el matrimonio, y así lo entendieron los legisladores. Es evidente que la posición que asume el Estado liberal frente al matrimonio es una posición política, una manera de afirmar la independencia del poder político frente a la Iglesia. Y desde esta posición política, es de donde partirá la ideologización del matrimonio, considerado ya, no como una realidad independiente, sino como una materia de la cual disponen los legisladores, según sea la conveniencia política del momento. En un principio, las definiciones legales del matrimonio serán más o menos conformes con la noción o concepto que la misma sociedad tenía del mismo, pero poco a poco irán introduciendo novedades “revolucionarias”.

En esta ley de 1859 ya se da una definición del matrimonio. Dice, en su artículo primero, que es “un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil”, y señala que para ser válido se requiere que los contrayentes expresen libremente su consentimiento y que cumplan “las formalidades que establece esta ley”. Señala además que se contrae “por un solo hombre con una sola mujer” (art. 3) y que es indisoluble (art. 4). Además prescribía que el oficial del Registro Civil encargado, una vez cumplidos los trámites matrimoniales, haría una exhortación moral a los contrayentes, leyéndoles un texto, conocido como la «epístola de Melchor Ocampo», donde se les recordaban sus deberes morales.

Después de la guerra civil entre el partido liberal y el partido conservador y del intento frustrado del segundo imperio mexicano, el partido liberal, en 1867, quedó dueño del poder político. Entonces, para consolidar los principios liberales, se hizo una reforma de la constitución vigente, la llamada Constitución de 1857, para incorporarle el contenido de las leyes de reforma, entre otras la del matrimonio civil. Se estableció así, en la reforma constitucional de 1873, (art. 130, tercer párrafo), la afirmación de que “el matrimonio es un contrato civil”, de la “exclusiva competencia” de las autoridades civiles y cuyas “fuerza y validez” determinarán las leyes civiles. Quedó así establecido, como un principio constitucional, que el legislador podrá decidir libremente sobre “la fuerza y validez” del matrimonio, esto es sobre qué unión es válida para ser considerada matrimonio y que efectos tiene esa unión.

³ La ley se puede consultar en *Derechos del Pueblo Mexicano*, 4ª ed., México, 1994, T. XII, p. 1090.

Unos años antes, en 1870 se había publicado el primer Código civil para regir en el Distrito Federal, que contenía una definición del matrimonio (art. 159), que decía: “El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Es una definición que correspondía al concepto de matrimonio que tenía la sociedad mexicana. Cuando se publicó un nuevo código el año 1884, después de que se había establecido en la constitución que el matrimonio era un “contrato”, el código nuevo no cambió la definición del código de 1870 y siguió definiéndolo (art. 155) como una “sociedad legítima”.

Hasta este momento, la intervención de los legisladores no había modificado la concepción tradicional del matrimonio, pero ya se había afirmado en la constitución el principio de que los legisladores disponen del matrimonio.

El año de 1914 se va a introducir un cambio “revolucionario”. Entonces gobernaba, con facultades extraordinarias, el general Venustiano Carranza, quien expide dos decretos⁴ con el fin de modificar la legislación vigente, que contemplaba el matrimonio como una unión que solo podía disolverse con la muerte de uno de los cónyuges, y establecer que el matrimonio podía disolverse por mutuo acuerdo de los cónyuges, o por alguna falta grave de uno de ellos, y quedar entonces ambos con la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio. La motivación para expedir este decreto aparentemente había sido el propio plan de la revolución constitucionalista. El plan original, llamado Plan de Guadalupe, firmado el 26 de marzo de 1913, nada decía acerca de reformar la legislación sobre el matrimonio, pero en unas adiciones a ese plan, aprobadas el 12 de diciembre de 1914, se decía que era necesario revisar las “leyes relativas al matrimonio y al estado civil”. Se reforma entonces el matrimonio, según la versión oficial, por un compromiso político, lo cual demuestra que se trata de una reforma ideológica, que responde a determinados intereses y posiciones políticas.

La modificación del matrimonio en el sentido de ser una unión disoluble se confirma con la expedición de una nueva ley, llamada *Ley de relaciones familiares*⁵, expedida el año de 1917. En la exposición de motivos de esa ley, se muestra su carácter ideológico: ahí se dice que las reformas políticas y sociales que pretende la revolución “no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias”, de modo que la reforma del matrimonio obedece a los intereses de la revolución. La ley da (art. 13) una nueva definición del matrimonio: “es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. Ahora el legislador ha decidido que

⁴ Uno firmado el 29 de diciembre de 1914, que modifica la legislación federal del matrimonio, y otro del 29 de enero de 1915 que modifica el código civil del Distrito Federal. Pueden verse en *Leyes complementarias del Código Civil*, Pallares E., edit., México, 1920, pp. 421-426.

⁵ Puede verse el texto completo de la ley y su exposición de motivos en *Código Civil vigente del Distrito y territorios Federales*, anotado y concordado por Manuel Andrade, México, 1931, pp. 115 y ss.

el matrimonio no es una “sociedad legítima”, sino un “contrato civil” y que genera, ya no un “vínculo indisoluble”, sino un “vínculo disoluble”. El legislador lo puede todo en esta materia, pues como dice la constitución, de él dependen la “validez y la fuerza” del matrimonio.

El año de 1928, once años después de la *Ley de relaciones familiares*, se expide un nuevo Código civil para el Distrito Federal, que vuelve a cambiar la concepción del matrimonio. Lo primero que se observa en este código es que ya no hay una definición de lo que es el matrimonio. En algunos artículos se dice, incidentalmente, que es un contrato, pero ya no hay una indicación directa de cuáles son sus fines; éstos se mencionan en un artículo (el 182), que dice no es válida cualquier condición pactada que resultara “contraria a la perpetuación de la especie y la ayuda mutua”, pero en ningún lado se afirma directamente que estos son los fines esenciales del matrimonio, como lo decían los códigos anteriores y aun la ley de 1917. Los cambios que se habían iniciado en esa ley para establecer la igualdad entre el varón y la mujer, se continúan en este código, pero se sigue manteniendo la idea de que corresponde al varón el sostenimiento económico de la familia y a la mujer la administración del hogar. En materia de divorcio, que en la ley anterior se consideraba como una excepción en pocos casos, el código aumenta las causas del divorcio necesario por resolución judicial, e introduce una forma simplificada de divorcio, cuando no hay hijos, llamada “divorcio administrativo”, pues no es necesaria la intervención de un juez. Además establece que se reconocerán ciertos efectos jurídicos al concubinato, o unión de hecho no formalizada ante el oficial del registro civil, con lo cual los autores comienzan a afirmar que el matrimonio ya no era, como lo decía aquella “epístola de Melchor Ocampo”, el único medio moral de fundar una familia; ahora se podía fundar a partir del concubinato.

Las modificaciones introducidas por este código son todavía reflejo o consecuencia de los anhelos revolucionarios de igualdad y libertad que tienden a concretarse en el matrimonio como igualdad entre los esposos y libertad para disolver el vínculo conyugal.

A partir del año 1974, se vienen haciendo nuevas reformas, que tienen ahora la característica de ser impulsadas por organismos internacionales. A fines de ese año, y en sintonía con el Año Internacional de la Mujer que había proclamado la Asamblea de Naciones Unidas para el año 1975, se modificó la Constitución para establecer la igualdad entre el varón y la mujer, así como el derecho de “toda persona” a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos. De este cambio constitucional, se derivó una reforma del Código civil, en el cual se estableció el mismo principio de la igualdad entre los esposos y se suprimió la indicación de que correspondía al varón el sostenimiento económico y a la mujer la administración del hogar. Por sucesivas reformas (1983, 1994, 1997) se prosigue en la línea de igualación del papel de los esposos y de ampliar el número de las causales de divorcio, que se llega a admitir por el solo hecho de la separación física durante dos años o más, sin necesidad de probar ninguna conducta culpable, y también en los casos de “violencia familiar”, entendida en un sentido muy amplio que comprende “el uso de la fuerza física o moral o las omisiones graves”.

El año 2000, cuando se reconoce cierta soberanía legislativa al Distrito Federal, antes las leyes que lo regían tenían que ser aprobadas por el Congreso General, se expide un nuevo código para el Distrito Federal en el que se radicaliza la evolución que venía teniendo el matrimonio. Se da un nuevo concepto de matrimonio (art. 146), que dice: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige”. El matrimonio ya no es “sociedad legítima”, ni “contrato civil”, como lo afirmaban los códigos anteriores; ahora es “unión libre” que, sin embargo, debe revestir ciertas formalidades. El fin del matrimonio es hacer una “comunidad de vida” donde ambos, en un plano de igualdad, se respeten y ayuden. Ha desaparecido la idea de un vínculo jurídico entre los cónyuges, que todavía se mencionaba expresamente en la ley de relaciones familiares, e implícitamente en la definición del matrimonio como “contrato civil”; ahora es simplemente “unión libre” aunque genera ciertas consecuencias jurídicas. La procreación deja de considerarse como un fin esencial del matrimonio, para ser vista simplemente como una posibilidad o derecho que tienen los cónyuges.

El 3 de octubre del año 2008 se publica una nueva reforma en la que se extraen consecuencias de lo que significa que el matrimonio es “unión libre”. La reforma establece (art. 266) que cualquiera de los cónyuges puede reclamar el divorcio ante el juez “manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita”. Si el matrimonio es “unión libre”, es decir sin compromiso, es lógico que termine por la sola revocación de la voluntad de uno de vivir con el otro.

Poco más de un año después se publica otra reforma, que es consecuencia de haber suprimido la procreación como uno de los fines esenciales del matrimonio, y haberla reducido a una mera posibilidad o derecho subjetivo de los que viven en unión libre. El 29 de diciembre de 2009 se publica la reforma que modifica la definición del matrimonio para aceptar como tal la unión entre personas del mismo sexo. La definición dice ahora que el matrimonio es la “unión libre de dos personas” y, para no dejar dudas, se eliminó la referencia a la “posibilidad de procrear hijos”.

Es impresionante cuánto ha cambiado la concepción legislativa del matrimonio en tan solo ciento cincuenta años. En 1859 los legisladores se arrogaron el derecho de definir qué es el matrimonio. Primero dicen, lo que la comunidad entendía, que el matrimonio es una sociedad o unión legítima, entre un solo varón y una sola mujer, para ayudarse mutuamente y procrear hijos, que genera un vínculo jurídico indisoluble (códigos de 1870 y 1884). Luego dicen que no es una sociedad legítima, sino un contrato civil, y que produce un vínculo disoluble por divorcio voluntario o judicial (ley de relaciones familiares de 1917). Prosiguen omitiendo la referencia explícita a los fines del matrimonio, favoreciendo la equiparación de los papeles de los esposos, y facilitando el divorcio, que, en ciertos casos, puede hacerse sin necesidad los jueces (código de 1928 y sus reformas). Concluyen señalando que el matrimonio es “unión libre” con la posibilidad de procrear (código de 2000), que se puede disolver por la sola voluntad de uno de los contrayentes (repudio unilateral)

(reforma de 2008), y que se puede contraer entre personas del mismo sexo porque la procreación ya no es un fin del matrimonio (reforma de 2009).

Toda esta evolución depende simplemente de la idea de que los legisladores tienen poder para definir lo que es el matrimonio, de modo que éste resulta siendo lo que ellos quieren. Esta concepción del poder del legislador para definir a su gusto el matrimonio se esgrimió como argumento en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México que convalidó la reforma que admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo; dice la sentencia (§ 242) que el matrimonio no es un “concepto petrificado” “inmutable” o “indisponible”. El legislador puede entonces disponer del concepto de matrimonio, como puede el propietario disponer de una cosa. Esta es una clara manifestación de lo que es el pensamiento ideológico, un pensamiento del que se dispone a gusto de quien lo emite; un pensamiento sujeto a negociación, un pensamiento que favorecerá al mejor postor. No sería extraño que en unos años más se reforme la definición del matrimonio para que diga que es la “unión libre de dos o más personas”.

La definición legal del matrimonio no puede ser tomada en serio si se quiere conocer qué es el matrimonio. Ciertamente que los abogados y los jueces tendrán que contar con ella, pero no refleja lo que el matrimonio es, sino las preocupaciones e intereses políticos que se han impuesto. Para conocer lo que es el matrimonio hay que volver los ojos a esa noble capacidad que tiene el ser humano, varón o mujer, de amar a otro como a sí mismo. Ese es el punto de partida de la siguiente parte de este escrito.

III. EL CONCEPTO DEL MATRIMONIO

El matrimonio, en su aspecto más evidente, es una relación humana entre dos personas, libremente asumida. Esta relación se distingue de otras, como de una compraventa o de una asociación mercantil, en que es una relación personal, que se establece por razón de las personas, y no por razón de un determinado bien. Se puede, por lo tanto, avanzar en la determinación de lo que es el matrimonio afirmando que se trata de una relación personal o afectiva, distinta por lo tanto de las relaciones patrimoniales.

El matrimonio es una relación afectiva libremente asumida, pero hay otras formas de relación afectiva libremente asumidas, como la amistad, ¿cómo se distingue de ella?

Me parece que, siguiendo a Aristóteles⁶, todas las formas de relación personal se pueden llamar amistad. Actualmente se suele llamar amistad o amigos únicamente a las personas, generalmente no parientes, con los que se tiene una relación afectiva; pero también se acepta que puede haber amistad entre padres e hijos o, más

⁶ Aristóteles, *Ética Nicomaquea* 8,2 (p. 103) (En lo sucesivo *Ética*). Cito la traducción al Español hecha por Antonio Gómez Robledo (México, Porrúa, 1967; cito la 19ª edición –en realidad reimpresión– del año 2000) que, no obstante la desventaja de no tener los renglones numerados para poder citarla con más precisión, tiene el gran mérito de ser una traducción legible y que transmite el sentido del texto, además de ser fácilmente consultable. La parte de la *Ética* que trata de la amistad son los libros 8 y 9.

comúnmente, entre hermanos, y también entre esposos. Entendiendo la amistad en el sentido amplio que usa Aristóteles, el de relación afectiva libremente querida entre dos personas, bien se puede hablar de la amistad paterna, de la amistad filial, de la amistad fraterna o de la amistad conyugal.

La amistad es una relación entre dos personas e implica necesariamente reciprocidad. Cuando se habla del amor de una persona por otra, se indica que una ama y la otra es amada. En cambio, cuando se habla de amistad se indica que las dos personas recíprocamente se aman.

El matrimonio se ha entendido comúnmente como una amistad entre varón y mujer. La amistad entre ellos es una amistad entre dos que son diferentes por razón de su sexo. Como seres humanos tienen la misma naturaleza, igual dignidad, y no se puede hablar de que uno sea superior al otro. Pero es una realidad evidente que el varón y la mujer son diferentes en la conformación de su cuerpo (anatomía), en el funcionamiento del mismo (fisiología), en sus sensaciones y emociones (psicología) y en sus modos de entender y de querer (hábitos intelectuales y hábitos volitivos). Es cierto que cada persona tiene que asumir y desarrollar su propia sexualidad, pero este esfuerzo parte de la aceptación de la realidad del propio cuerpo. La amistad entre varón y mujer es una amistad hacia el otro que es diferente de mi, y no hacia uno igual a mi, es por eso es una amistad abierta a la diferencia.

La diferencia real entre varón y mujer, hace que su amistad sea complementaria, pues cada uno recibe del otro lo que uno mismo no tiene. El signo más evidente de esa complementariedad es la fecundidad biológica: sólo de la unión entre varón y mujer resulta la procreación, y aún cuando se emplean métodos de fecundación artificial, tiene que hacerse a partir de un gameto masculino y otro femenino. La fecundidad de la amistad entre varón y mujer no se limita a la procreación, pues abarca la totalidad de los diferentes aspectos de la vida humana, ya que en cada uno de ellos se manifiesta la diferencia y complementariedad de los sexos. El ser humano perfecto, es decir en la máxima realización de todas sus capacidades, no es el varón o la mujer aislados, sino el varón y la mujer recíprocamente unidos y complementados.

La amistad entre dos varones o entre dos mujeres, con todo lo bueno que puede haber en ella, no es equiparable al matrimonio, porque no es una amistad entre diferentes, sino entre iguales, por lo que carece de la fecundidad y complementariedad propia de la amistad entre varón y mujer.

Se puede ahora dar un paso más en la delimitación del concepto de matrimonio, afirmando que es una forma de amistad entre varón y mujer, pero todavía se requiere precisar qué tipo de amistad es la propia del matrimonio.

Aristóteles señala que toda amistad se establece en relación a un bien que aprovecha a ambas personas, por lo que las amistades se distinguen según sea el tipo de bien al que ambas aspiran. Distingue tres tipos de amistad: útil, placentera y honesta.

La amistad útil es la que se contrae para la obtención de un bien útil para ambas partes, como puede ser la amistad entre comerciantes, entre aliados políticos, entre los trabajadores en una misma obra, etcétera. Esta amistad supone un cierto afecto, o aprecio personal, entre quienes se relacionan, pero es un aprecio que depende de la utilidad que recíprocamente se proporcionan, y que termina cuanto la utilidad cesa.

La amistad placentera es la que une a las personas por razón del placer que recíprocamente se proporcionan. Es la amistad típica de quienes se reúnen para pasarla bien en una fiesta o reunión o simplemente para charlar. Es el tipo de relación a la que hoy suele dársele por lo general el nombre de amistad. Implica al reconocimiento de ciertas cualidades del amigo que resultan placenteras, como su conversación, simpatía, apariencia física, ingenio y otras por el estilo, que provocan que se le tenga afecto. Es una amistad que tiene una base más amplia que la amistad meramente útil, pero, como depende de un bien parcial, el placer de la compañía, termina cuando ese bien se extingue, por ejemplo a causa de una enfermedad.

Finalmente, la amistad honesta, es aquella que une a las personas por razón de la persona misma del amigo, que se considera un bien en sí mismo, o bien honesto, independientemente de la utilidad o placer que proporcione. El afecto que genera esta amistad está relacionado con la totalidad de la persona del amigo, y esto genera dos características propias o exclusivas de esta amistad. Es una amistad que procura el bien integral o total del amigo, no solo su bien económico, su salud o cualquier otro bien parcial; el amigo que quiere honestamente quiere el bien total de su amigo, quiere que sea él mismo en toda su plenitud posible. Es además una amistad que no termina más que con la muerte del amigo, y por lo tanto perdura, aunque el amigo se halle en desgracia. Esto es lo que se dice comúnmente con la frase de que los verdaderos amigos (los que tiene amistad honesta) se conocen en la desgracia.

Estas tres formas de amistad no son excluyentes. De hecho sucede que la amistad útil se combina con la amistad placentera, y que la amistad honesta comprende el placer y la utilidad. De cualquier modo, la distinción de estas tres formas de amistad corresponde a la realidad de los afectos humanos, como cualquier persona puede experimentarlo en sí misma.

La amistad entre varón y mujer puede darse en esos tres niveles. Puede haber entre ellos una amistad útil, por la que se hacen recíprocamente ciertos servicios para beneficio de ambos. O puede ser una amistad en el plano de lo útil y lo placentero, de modo que disfrutan de su compañía, con o sin unión sexual, y se ayudan recíprocamente, pero cada uno vive por su cuenta. Pueden dar un paso más en esta relación si toman la decisión de vivir juntos, y entonces se intensifica el placer y la ayuda (o el disgusto y los problemas) que se proporcionan, pero no por el hecho de vivir juntos superan el nivel de lo útil y placentero; otro paso en esa relación sería la decisión de «tener» hijos, que se reciben, más como un bien del cual pueden disfrutar, que como el resultado de una entrega y compromiso de por vida, que no hay entre ellos.

También puede darse una amistad honesta entre varón y mujer acompañada de la decisión de vivir juntos y compartir su vida. En esta amistad, el varón y la mujer

ponen recíprocamente todas sus facultades y bienes, incluida su propia sexualidad y capacidad procreativa, al servicio del otro, al que consideran un bien por sí mismo, un bien del mismo valor que uno mismo. Cada uno se vuelve un bien para el otro, y por eso constituyen una unidad que es superior al varón o a la mujer individual o aisladamente considerada. Cada uno quiere el bien del otro como quiere su propio bien, y por eso es en esta amistad donde se cumple plenamente la llamada «regla de oro», por haber sido reconocida en todas las culturas, que dice «ama al prójimo como a ti mismo».

Esta amistad honesta que es, por principio, entrega total por toda la vida, incluye necesariamente la apertura a la procreación y la prolongación de esa amistad hacia los hijos, a quienes los padres se entregan, como entre sí mismos, totalmente y por toda la vida.

Las tres formas de amistad pueden darse en la relación entre varón y mujer. ¿Cuál de ellas puede considerarse matrimonio? Si se acepta que todo ser humano, por la dignidad inherente a su persona, debe ser amado como un bien en sí mismo, y no como un medio para la obtención de ciertos fines, se podrá concluir que la unión entre varón y mujer plenamente conforme con esa dignidad de la persona humana, es la amistad honesta, y por eso sólo a ella debería denominarse matrimonio. La relación de varón y mujer a nivel de lo útil y placentero, con la decisión de vivir juntos y tener hijos, parece matrimonio, o es camino para hacer un matrimonio, que sólo se lograra cuando ambos, no basta uno solo, decidan entregarse al otro totalmente, por toda la vida.

Volviendo al concepto del matrimonio, se puede ahora afirmar que es una amistad honesta entre varón y mujer, es decir entrega recíproca total de uno al otro por toda la vida, que han decidido vivir juntos y procrear hijos o, como se dice comúnmente, formar una familia.

Hay otro elemento de la realidad del matrimonio que falta por considerar, que es su publicidad. El matrimonio suele realizarse en forma pública, mediante una fiesta social y un reconocimiento de parte de la comunidad política y de la comunidad religiosa. Este reconocimiento público es un elemento indispensable del matrimonio, porque resulta que éste es el fundamento de la continuidad y supervivencia de la comunidad. Esto, en dos sentidos: el más evidente es que del matrimonio nacen los nuevos integrantes de la comunidad; pero, no menos importante, es que el matrimonio, en cuanto amistad honesta, es el medio adecuado para la educación de los hijos y para la difusión, entre toda la comunidad, de esa forma de amor recíproco que está por encima de la utilidad y del placer; si en una comunidad se pierde esa forma de amistad, la vida social se reduce a la competencia y al predominio del más fuerte; por eso la misma calidad humana de la vida comunitaria depende de la existencia de matrimonios y familias en que se viva la amistad honesta que, se difunde en la vida comunitaria, como amistad solidaria (o solidaridad), especialmente con los más débiles.

La publicidad del matrimonio tiene la consecuencia de generar un vínculo jurídico entre el varón y la mujer. El matrimonio comienza siendo amistad honesta, junto con

la decisión de entrega recíproca y total por toda la vida. Cuando se manifiesta públicamente la voluntad que tienen el varón y la mujer, se genera un vínculo o alianza entre ellos, que está jurídicamente sancionado. No cambia la naturaleza del matrimonio, sigue siendo amistad honesta, pero adquiere un sello o garantía que es el vínculo jurídico, es decir la posibilidad de que los cónyuges entre sí, se exijan por justicia lo que se deben por amistad. Esta alianza o reforzamiento jurídico del matrimonio tiene su razón de ser en la debilidad propia del ser humano, que fácilmente incumple lo que promete.

Finalmente, en esta reflexión sobre lo que es el matrimonio, hay que considerar que no es un estado pasajero, no es un acto, como podría ser la celebración social o la inscripción en el registro público. El matrimonio es esencialmente amistad honesta entre varón y mujer, con el compromiso, públicamente asumido, de vivir juntos y formar una familia, que tiene como resultado natural la unión permanente entre varón y mujer, con o sin familia. Desde este punto de vista, el matrimonio es unión, comunidad de vida, y el afecto entre los esposos o amistad conyugal no es una emoción fugaz, sino disposición estable de su voluntad o virtud.

IV. CONCLUSIÓN

Ante la ideologización del matrimonio que lo ha reducido al capricho del legislador: el matrimonio es lo que el legislador dice que es, es necesario recuperar lo que constituye la esencia del matrimonio: la amistad honesta entre varón y mujer, con el compromiso públicamente asumido, de vivir juntos y formar una familia, de lo cual resulta la unión de ambos por toda la vida y la conversión de su afecto en virtud estable.

Al legislador no le corresponde definir qué es el matrimonio, ni cuáles son los deberes que engendra. Su papel es más limitado, más humilde, es simplemente el de sancionar jurídicamente el matrimonio que contraen el varón y la mujer por su voluntad de amarse honestamente por toda la vida. Quienes hacen el matrimonio y definen los deberes son quienes lo contraen. Si ellos quieren unirse de manera limitada, en la forma de una amistad útil y placentera, tendrán una unión soluble y ciertos deberes, y si quieren unirse plenamente, tendrán una unión permanente y otros deberes.

Ante el desprestigio que actualmente va teniendo el matrimonio como consecuencia de su ideologización legislativa, es necesario recuperar su esencia, sobre todo para que los jóvenes descubran en él un camino de plenitud, el ámbito propio donde pueden vivir, en el sentido de dar y recibir, el amor al prójimo como a uno mismo, donde pueden liberarse de la tiranía del yo y alegrarse por su entrega, donde pueden vivir el heroísmo del deber cotidiano y la recompensa de la paz interior.

MATRIMONIO CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO VS. UNIONES MARITALES DE HECHO EN COLOMBIA Y SU REFERENCIA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL¹

Carlos Julio Arango Benjumea

Profesor Jefe del Área de Derecho Privado
Universidad EAFIT, Medellín

Resumen

La presente reflexión pretende presentar de manera sistemática y descriptiva principalmente el estado actual del matrimonio civil homosexual y de las uniones de hecho de igual carácter en nuestro país con alguna referencia al Derecho de Familia español. La propuesta temática a desarrollar es la siguiente:

1. En cuanto a la unión marital permanente de hecho entre compañeros, mostrar como en Colombia la pretensión de aplicación igualitaria de las normas que regulan la Unión permanente de hecho entre parejas heterosexuales y homosexuales pasa por un tamiz que deja entrever claramente que dicha pretensión es un sofisma de distracción que paradójicamente le hace el juego a una sociedad democráticamente diferenciada entre el que se considera “el orden normal” y “orden anormal” de las apetencias sexuales y afectivas de los ciudadanos.
2. En cuanto al matrimonio civil entre personas del mismo sexo, recordar al respecto la polémica de variada intensidad generada en la mayoría de los países del mundo por su legalización, incluidos aquellos donde existe actualmente protección legal del matrimonio homosexual.

■ Palabras clave:

Matrimonio homosexual; Parejas de hecho del mismo sexo; Colombia; España

■ Keywords:

Same sex marriage; Same sex partnership; Colombia; Spain

Author shows what is the legal situation of civil same sex marriage at the moment in Colombia and, comparatively, in Spain. In order to complete this explanation, the author offers a detailed exposition about history and present of same sex partnership in Colombia and Spain.

Abstract

¹ La mesa en la que fue pronunciada esta conferencia fue presentada y moderada por el Prof. Dr. José Ramón Narváez Hernández, Profesor del Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, representante del partner internacional en México y coordinador de la actividad en aquel país.

I. A modo de aclaración – II. La unión marital de hecho entre compañeros permanentes: Una sola institución jurídica, dos realidades diferentes: 1. Las uniones de parejas homosexuales y el vaivén de la corte constitucional; 2. El matrimonio homosexual una batalla en ciernes; 3. El Proyecto de Ley 073 de 2010 – III. El matrimonio y la unión marital de hecho de la diversidad de género a la diversidad sexual

I. A MODO DE ACLARACIÓN

Sea lo primero señalar que el contraste sugerido entre el Matrimonio y la Unión Marital de Hecho entre personas del mismo sexo, es el resultado del análisis académico sobre dos realidades, tanto jurídicas como sociales, que siendo de calado jurídico diferente, tanto en su génesis, como en su protección legal, dejan ver al mismo tiempo, hilos muy estrechos de unión que permiten afirmar, por lo menos en Colombia, que son dos panoramas jurídicos disímiles pero emparentados en muchas características comunes, lo cual no es un detalle menor como se tratará de evidenciar en el desarrollo del tema, y es por eso que a pesar del trasegar del matrimonio y la unión de hecho por sus propios senderos generando cada uno de ellos situaciones jurídicas concretas y particulares, en algunos eventos relativos a los deberes y a los derechos protegidos se asemejan más de lo que algunos quisieran.

Y lo segundo a tener en cuenta, dado que hay dos auditorios diferentes con formación jurídica propia de sus respectivos ordenamientos jurídicos, el de España y el de Colombia, y que en este último los estudiantes asistentes son todos del primer semestre del pregrado de Derecho, considero necesario la anotación de una diferencia existente en las fuentes de producción normativa del derecho colombiano y el español, para entender las formas de regulación de ciertas situaciones jurídicas y la consagración de instituciones jurídicas como las del matrimonio y las uniones de hecho.

Así las cosas, en Colombia, como Estado unitario que es y no federado, las fuentes que dan origen a las leyes están centralizadas en el Congreso de la República como legislador ordinario, en el ejecutivo como legislador extraordinario; y de manera excepcional la Corte Constitucional que asume funciones colegislativas en ciertos eventos a través de sus fallos de constitucionalidad, razón por la cual nuestra doctrina la denomina legislador negativo. Esas leyes de carácter general son vinculantes en todo el territorio nacional, sin distinción de regiones particulares, costumbres y usos, excepción hecha de la denominada jurisdicción especial, como la indígena y la de las comunidades afrodescendientes a quienes se les reconocen sus propias normas –en algunos asuntos– propias de su organización social interna. Como ley de carácter general tenemos entre otras, al Código civil y las leyes que lo adicionan y reforman. En los departamentos y municipios, entes territoriales de la organización política nacional, las asambleas departamentales y los consejos municipales dictan normas a través de ordenanzas y acuerdos respectivamente, para asuntos propios de cada territorio según competencias señaladas en la constitución y la ley, pero no tienen potestad autonómica para legislar en asuntos de familia como

el matrimonio, las uniones maritales de hecho, la filiación, la adopción, y en los demás asuntos que competen al estatuto civil, verbigracia contratos civiles y mercantiles, régimen de bienes, la de sucesión por causa de muerte, el estado civil, etc. Todos estos son asuntos del resorte exclusivo del legislador ordinario, como regla general.

En España, si mal no se entiende, bajo un sistema no puramente federado pero sí con las características propias del mismo, en materia jurídico-privada hay coexistencia dentro del territorio nacional de distintos ordenamientos jurídicos, que encuentran su sustento en razones de tipo histórico que devienen fundamentalmente de la Edad Media, lo que da como resultado la convivencia de leyes estatales y leyes autonómicas conocidas como derecho foral o especial, pues la Constitución de 1978, como constitución de consenso que es, reconoce y garantiza la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones que integran la Nación española. De esta guisa, entonces, en España, y como bien lo dice Luis Diez Picazo y Antonio Gullón “en materia civil la regla general de la que hay que partir, en el examen de la materia, es que la legislación civil es materia de competencia exclusiva del Estado, pero “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos Civiles, forales allí donde existan”. Por tanto, el Derecho Civil foral o especial donde exista, es de competencia de la comunidad autónoma respectiva y no del Estado, con independencia de cuál sea el techo que tenga la autonomía legislativa de tal Comunidad Autónoma según la interpretación más probable.

Se considera entonces, que esta diferencia, nos permite desde Colombia comprender porque las comunidades autonómicas quedan vinculadas, todas ellas, a la normas del matrimonio civil, mientras que con respecto a las uniones maritales de hecho, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales, son las comunidades autonómicas que han legislado sobre ello.

Finalmente, los pensamientos y afirmaciones que se acuñan, y que no son todos de la cosecha del conferenciante presente, están dirigidas a la dinámica propia del derecho colombiano con sus aciertos y desaciertos y en algunos pocos asuntos la referencia se extenderá al derecho español, con la corta visión que puede tener quien desde la distancia observa un ordenamiento jurídico que le es ajeno aunque no indiferente, y sí mirado con el respeto que obliga a todo académico, y en el caso personal del autor, con afecto.

Hablar de la familia en la actualidad amerita una apertura de pensamiento y de conciencia que permita visualizar una institución por demás definida en nuestro país a través de una adjetivación bastante genérica “núcleo fundamental de la sociedad”, que da lugar a prédicas ligadas a posturas que se mueven entre extremos ultraconservadores o ultraliberales. En la canónica constitucional colombiana existe el artículo 42 que define la familia: “Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Y en otros apartes de la misma norma se dice: ...Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto

recíproco entre todos sus integrantes. ...Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. ...Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. ...Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”.

Por lo tanto, partiendo de la declaración que hace nuestra carta política, y mirada textualmente la definición de familia, de un lado se ve claramente que tiene como base primaria el matrimonio heterosexual, valga decir, una base establecida por vínculos jurídicos, exhaustivamente regulada por la ley ordinaria (Código civil y algunas leyes especiales), protegida legalmente a ultranza, generalmente aceptada como una forma de legitimación social; y por otro lado, una base establecida por vínculos naturales surgidos de la decisión libre del hombre y la mujer de conformarla, que tiene su mejor representación en la unión marital de hecho, también protegida y regulada por vía de ley especial, que se integra al Código civil, con un ámbito de protección que alcanza casi los mismos niveles del ámbito matrimonial, pero que todavía guarda algunas diferencias, cada vez menos, pero diferencias al fin y al cabo.

Y entonces cabe preguntarse, ¿si en Colombia la Constitución Política consagra la diferencia sexual como requisito esencial de la conformación de la familia matrimonial y no matrimonial, dónde tienen cabida las uniones de pareja del mismo sexo y el matrimonio homosexual, que como consecuencia generarían la formación por vínculos jurídicos o naturales de una familia, homosexual claro está, pero familia al fin y al cabo?

Pues para dar respuesta a esa inquietud por ilustrar la situación y recorrido hecho por las parejas conformadas por dos hombres o dos mujeres que inclusive en muchos casos aportan a la unión sus propios hijos habidos con parejas heterosexuales, o en el caso de algunas las parejas lésbicas habidos por inseminación artificial.

II. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES: UNA SOLA INSTITUCIÓN JURÍDICA DOS REALIDADES DIFERENTES

En Colombia la unión marital de hecho o como también las denomina la doctrina jurídica, unión de pareja, unión permanente, unión libre o convivencia *more uxorio*, tanto la formada entre personas de diferente sexo, hombre y mujer, como la establecida entre personas del mismo sexo, mujer-mujer, hombre-hombre, ha pasado por un trasegar histórico intranquilo, nada pacífico, y no solo en el ámbito de la dinámica social, de la conciencia colectiva, sino también en la esfera jurídica, ya legal, ya jurisprudencial.

A nivel histórico se ha ganado amplio terreno en el reconocimiento y en el status socio-jurídico de la unión de hecho o marital heterosexual, que tiene ya un señalado empoderamiento en la sociedad colombiana.

Es así como de una parte, la Unión de hecho entre un hombre y una mujer en nuestro país rebasó su impronta de ser simplemente un hecho material, del mundo fenoménico, de la realidad, y pasó a virtualizarse en la canónica legal como un hecho jurídico que por ende produce efectos jurídicos, pero aún así en su escalada de legitimidad jurídica, se consagra como una forma opcional de formar una familia, que no se considera *strictu sensu* una familia legítima por no existir vínculo jurídico, pero que si se legitima ante la ley como familia extramatrimonial y goza de la protección del Estado, tiene su propia normatividad legal que permite la regulación en los efectos personales y patrimoniales.

1. Las uniones de parejas homosexuales y el vaivén de la Corte Constitucional

Por lo anteriormente dicho, y de manera preventiva el mismo movimiento LGBT apoyado por el gremio universitario posó su mirada en la Corte Constitucional, la cual mientras el legislador hacía caso omiso de su obligación primaria de legislar para las minorías sexuales, fue reconociendo los derechos a las parejas del mismo sexo por vía de fallos de constitucionalidad condicionada, que tienen fuerza vinculante con carácter general hasta tanto el legislador ordinario regule por vía de ley dichas situaciones desatadas a golpe de sentencias.

Como antecedentes jurisprudenciales importantes a los trascendentales fallos del máximo tribunal constitucional, se consideran los siguientes:

Entre los años 1994 y 2001, época de la llamada primera Corte, denominada así en la doctrina por el hecho que en 2001 hubo un cambio cuantitativo considerable pues de los nueve magistrados que la componen cambiaron siete por retiro forzoso, con un cambio a su vez cualitativo, pues la sensación que se fue formando entre los ciudadanos es que se había pasado de una Corte de rasgo progresista a una más conservadora con posturas menos arriesgadas, por lo menos en lo tocante al tema de la protección a la homosexualidad, pero tal sensación es errónea, porque la Corte en varios períodos se ha movido en medio de crestas ondulantes y entusiastas hacia tal protección y en otras ocasiones se posiciona en el desconocimiento de la misma, con la salvedad que a partir del año 2007 hasta la fecha claramente la tendencia ha sido proteger de manera paulatina las uniones de pareja homosexuales.

En un ligero recorrido histórico se vislumbra al respecto que entre los años 1994 y 1996 “se profirieron siete sentencias sobre derechos de los homosexuales en donde sólo una de ellas fue favorable a las pretensiones del demandante, y aunque no hubo un desarrollo claro de la posición de la Corte Constitucional frente a la homosexualidad si fue un pronunciamiento que abrió la compuerta para que el tema se debatiera públicamente. Se trata de la sentencia T-097 de 1994 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, interpuesta por un estudiante expulsado de la escuela de carabineros por practicar actos homosexuales; en esta sentencia la Corte Constitucional ordenó el reintegro por violación al debido proceso. Aquí se puede afirmar que hubo un cierto progreso por parte de la Corte, ya que además de

favorecer con el fallo al estudiante expulsado dijo que no sería constitucional expulsarlo por ser homosexual. Y si bien el motivo para conceder la tutela fue la violación al debido proceso y no la condición homosexual del tutelante se considera un avance en el tema de los derechos de los homosexuales en Colombia.

Las sentencias desfavorables a las pretensiones de los actores fueron: la sentencia T-569 de 1994 (Magistrado ponente Hernando Herrera Vergara) en la cual el demandante abandonó los estudios escolares por no soportar la presión que sufría por acudir a clases con accesorios, maquillaje y prendas femeninas. Para la Corte esta situación del actor puso en evidencia su propia condición sexual encargándose de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección. En la sentencia T-037 de 1995 (Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo), interpuesta por un estudiante de la escuela de policía sancionado por hacer avances sexuales a un compañero por fuera de la institución, la Corte Constitucional dijo que no procedía la tutela porque el joven incurrió en una falta disciplinaria, así los hechos hubiesen ocurrido fuera de la institución, y aquí la Corte afirma que la homosexualidad es una anomalía. En la sentencia T-539 de 1994 (Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa) interpuesta por el abogado Germán Rincón Perfetti en representación de un grupo de homosexuales contra el Consejo Nacional de Televisión por sacar del aire una propaganda en la que salían dos hombres besándose se da una negativa por parte de la Corte argumentando que se trataba de un juicio técnico de conveniencia tomado por el Consejo Nacional de Televisión y no de una violación del derecho a la igualdad, aquí la Corte afirmó que la opción homosexual debía ser tolerada. Con la sentencia T-290 de 1995 (Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz) el discurso de la Corte sobre la homosexualidad cambió. Esta sentencia fue interpuesta por un hombre de condición homosexual al cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no le permitía adoptar una menor que estaba bajo su cuidado. La Corte negó la tutela debido a que la decisión del ICBF se basó en las condiciones de vida materiales del demandante que eran físicamente deplorables, más no en la violación de sus derechos. En la sentencia de constitucionalidad C-098 de 1996 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se resolvió favorablemente la constitucionalidad de la ley 54 de 1990 sobre las uniones maritales de hecho entre heterosexuales se mencionó por primera vez el derecho fundamental a la libre opción sexual, el fallo de esta demanda insistió en que el hecho de que la ley otorgue un beneficio a un grupo desprotegido no significa que esté discriminando a otro (...)."

A partir de 1998 aparecen una serie de sentencias en las que la Corte protegió a los homosexuales y se demostró una tendencia progresista cuando la norma o el acto demandado admitían que la discriminación se daba por tratarse de un homosexual. La sentencia T-101 de 1998 (Magistrado ponente Fabio Morón Díaz) fue el primer fallo de tutela cuya decisión se fundamentó en la no discriminación de los homosexuales: se ordenó el reintegro de dos jóvenes a quienes se les negó el cupo escolar por ser homosexuales. Luego se presentaron dos fallos de constitucionalidad progresista: la sentencia C-481 de 1998 (Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero), en la cual se declaró inexecutable el artículo del Estatuto Docente que establecía que la homosexualidad era causal de mala conducta de los profesores, y la

sentencia C-507 de 1999 (Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa), en la cual se declaró inexecutable el artículo del Estatuto Disciplinario de las Fuerzas Armadas que declaraba la homosexualidad como una falta al honor militar.

Luego se presentaron ante la Corte varias sentencias relacionadas con el tema de la afiliación a la seguridad social entre compañeros homosexuales, aquí la Corte en la sentencia T-618 de 2000 (Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero), no resolvió el problema, simplemente se tuteló el derecho al debido proceso, no el derecho a la libre opción sexual. En las sentencias T-999 de 2000 (Magistrado ponente Fabio Morón Díaz) y T-1426 de 2000 (Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis) la Corte simplemente dijo que la afiliación de la pareja homosexual al seguro social no era posible, pues la Constitución no protege la pareja homosexual como familia, por lo tanto no se presenta una vulneración al principio de igualdad.

En el año 2001 comienza la segunda Corte que insiste de manera permanente en que las parejas homosexuales no son aceptables como familia. La Corte respetó el precedente en cuanto a no discriminar abiertamente a los homosexuales y a que éstos no pueden gozar de los derechos de una familia al no poder ser constituida por dos personas del mismo sexo, así en la sentencia SU-623 de 2001 (Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil), reiteró la imposibilidad de afiliar al compañero del mismo sexo a la seguridad social con el argumento de que este derecho sólo es un beneficio familiar y las parejas homosexuales no constituyen familia, luego en la sentencia C-814 de 2001 (Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra), se declaró executable el decreto que establece que para poder adoptar la pareja debe estar conformada por un hombre y una mujer, nuevamente la Corte toma como argumento el hecho de que la pareja protegida por la Constitución es la heterosexual y monogámica.

Pero paradigmáticamente en el mismo año 2001, la Sala civil de la Corte Suprema de Justicia, reconoce por primera vez el derecho de visita íntima de una pareja del mismo sexo en una cárcel. Y más tarde en el 2003 la Corte Constitucional reconoce este mismo derecho haciéndolo extensivo a todas las parejas del mismo sexo².

Llegado el año 2007, en el que se hundió en el Congreso de la República de manera definitiva el proyecto de ley 130 de 2005, aparecen las sentencias de Constitucionalidad C-075 (con ponencia de Rodrigo Escobar Gil) y C-811 (con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra), en las que se reconocieron los derechos patrimoniales y de salud respectivamente a las parejas homosexuales.

Respecto de la primera sentencia, la demanda fue presentada por un grupo de ciudadanos que representaban el colectivo Colombia Diversa, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (De Justicia) formado por profesores universitarios colombianos, y el Grupo de Derecho de interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y en la que se hicieron reparos a los artículos 1 y 2 parciales de la ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, valga decir que la Universidad EAFIT intervino a través de varios profesores de su Escuela de

² http://es.wikipedia.org/wiki/Homosexualidad_en_Colombia.

Derecho, coadyuvando la demanda en los siguientes términos: “1. Justificaron la demanda al considerar que eran nuevas las situaciones a determinar, presentándose una cosa juzgada relativa. 2. Sostuvieron que el derecho de asociación resultaba vulnerado para las personas homosexuales al negárseles ser acreedoras de derechos patrimoniales una vez constituidas como pareja.

3. Consideraban que la Corte Constitucional debía apartarse del precedente establecido por la sentencia C-098 de 1996, pues era evidente que la realidad es muy diferente 10 años después, debiendo declararse la inconstitucionalidad de los términos hombre y mujer. Pero la Academia Colombiana de Jurisprudencia defendió la constitucionalidad de la norma, argumentando la cosa juzgada en relación con la sentencia C-098 de 1996, afirmando que las circunstancias que explicaron ese fallo no habían variado debiendo continuar con el precedente. Defendía el concepto tradicional de familia y opinaba, a su vez, que frente a los tópicos en materia laboral, civil y penal que la demanda planteaba, ya se le habían reconocido, analizándolos desde la perspectiva del homosexual individualmente considerado y no como pareja”³.

Fue así como en la sentencia C-075 a través de un análisis jurisprudencial sobre las decisiones que sobre el tema se habían tomando, la Corte señaló que la realidad social colombiana venía dotando de especial importancia la discusión del caso en estudio y que bajo la égida del principio de la dignidad humana el cual postula un deber negativo de no intromisión y un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna, se seguía considerar que la regulación patrimonial perteneciente a las parejas de hecho heterosexuales debe ampliarse a las parejas de hecho homosexuales siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para ser acreedores de los derechos patrimoniales: comunidad de vida permanente y singular por un período no menor de dos años y en consecuencia se declaró la exequibilidad condicionada de la norma demandada.

Pero la misma Corte de manera muy estratégica evitó denominar de manera expresa esa comunidad de vida permanente y singular entre homosexuales como Unión Marital de Hecho homosexual, dejándolos por tanto en la calidad de meros convivientes y no de compañeros permanentes como lo indica la Ley 54 de 1990, y también le hizo el quite al pronunciamiento sobre las parejas homosexuales como un tipo de familia. Y debido a que el fallo desconoció otros derechos relacionados con diferentes áreas del derecho a favor de las parejas del mismo sexo solicitadas en la demanda, el Magistrado Jaime Araújo Rentería hizo salvamento de voto.

Respecto de la sentencia C-811 de 2007 puede decirse que: “Esta sentencia surgió por la demanda de inconstitucionalidad de la expresión ‘familiar’, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 (cobertura familiar en salud)... pues dada la imposibilidad de incluir a su compañero homosexual como beneficiario dentro del Plan Obligatorio de Salud cuando se encuentre desempleado, bajo el enfoque

³ Se resalta esta cita específica del texto Derecho y Diversidad Sexual, entre las otras citas textuales y semitextuales comprendidas en las grandes comillas que se han abierto y se leerá en la conferencia del texto mismo. Página 196, ídem.

tradicional de familia, se vulneran los derechos constitucionales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de trato por parte del Estado, pues se presenta una discriminación por orientación sexual”⁴.

La Corte entonces obró de conformidad con el *petitum* de la demanda y reconoce los derechos a la cobertura familiar en salud de las parejas homosexuales y, además, aprovechó para referirse a la importancia del precedente judicial en materia de derechos para las parejas homosexuales a partir de la sentencia C-075 de 2007, que equiparó las uniones de pareja heterosexuales y homosexuales fundándose en la realidad social contemporánea y en la protección internacional de la opción sexual del individuo.

En el año 2008 aparece la sentencia C-338 de 2008 (con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández). En esta sentencia la Corte consideró que se debía igualar la protección de la que gozaban los compañeros permanentes heterosexuales respecto a la pensión de sobreviviente con las parejas homosexuales, y el tribunal insistió en la necesidad de la intervención del legislador para regular la materia. De nuevo el magistrado Jaime Araújo Rentería hizo salvamento de voto parcialmente por considerar que a la pareja homosexual se le debían reconocer expresamente una protección integral de todos los derechos constitucionales correspondientes. Y, por su parte, el Magistrado Nelson Pinilla Pinilla salvó su voto en sentido contrario al señalar que de conformidad con el concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la Constitución las parejas del mismo sexo no hacen parte de ese concepto por lo tanto, no se debían proteger de la misma manera que a las parejas heterosexuales.

En medio de este ambiente caldeado, aparece con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, la Sentencia C-029 de 2009 que decidió la modificación de 42 normas incluidas en aproximadamente 20 leyes, con el fin de lograr una equidad entre parejas heterosexuales y homosexuales, excepto en el asunto de la adopción, sobre lo que la Corte no se pronunció, y de los derechos hereditarios que hasta el día de hoy no se le reconocen todavía ni siquiera a las parejas heterosexuales. De esta manera, la susodicha sentencia de constitucionalidad deja muy bien libradas las uniones de parejas del mismo sexo pues las posiciona a un nivel muy parecido no solo a las parejas de hecho heterosexuales sino al matrimonio mismo, lo que hizo de Colombia, en su momento, un país pionero en América latina al proporcionar un grado tan alto de protección a las parejas homosexuales.

Entre las modificaciones de la sentencia del 2009 están: 1) Los homosexuales tendrán derecho a no inculpar a un compañero permanente, ni a declarar en su contra. 2) En cuanto a los derechos migratorios, podrán recibir la nacionalidad las parejas del mismo sexo que vivan con un extranjero durante más de dos años. 3) Los delitos de violencia intrafamiliar también fueron incluidos para las parejas homosexuales, haciendo la salvedad que la Corte se declara inhibida para incluir o no, a las parejas del mismo sexo dentro del concepto de familia. 4) El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares incluirá a las parejas gays en cuanto a pensión de supervivencia y a la condición de beneficiario en salud. 5) Los derechos de

⁴ Derecho y sexualidad, *ibidem*, página 198.

patrimonio inembargable también incluirán a las parejas homosexuales, lo que significa que una pareja homosexual puede determinar que una propiedad es de ambos y declararla 'patrimonio familiar'. 6) Los homosexuales serán beneficiarios del seguro de vida y del SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito), lo que significa que si uno de los miembros de una pareja homosexual muere, el otro recibirá indemnización. 7) Los funcionarios públicos cuando hagan su juramento de posesión deberán también juramentar a su pareja homosexual, en caso de tenerla”⁵.

Como puede verse, el éxito alcanzado en el reconocimiento de derecho a favor de las parejas del mismo sexo, que nuestra doctrina colombiana reconoce como uniones maritales de hecho, pues no es otra la consecuencia de las protecciones obtenidas las cuales deben necesariamente tener como sustento ontológico dicha figura jurídica regulada y desarrollada como institución, deja de todas maneras un sinsabor, pues los reconocimientos señalados no provienen del centro de producción normativa natural que es el legislador en uso de su poder ordinario atribuido por el constituyente primario, sino que se ha tenido que acudir a la esfera de la jurisprudencia constitucional como forma subsidiaria de protección.

Entonces cabe la pregunta, ¿si será que hay tal igualdad en Colombia entre las parejas hetero y homosexuales cuando el legislador mismo desconoce por su inapetencia e incompetencia su obligación constitucional de reconocer los derechos de todos los ciudadanos colombianos, incluidos los que se agrupan en minorías excluidas?

Lo más optimista responde que sí, pues solo basta el reconocimiento a la adopción y los derechos hereditarios en las parejas homosexuales para que esta opción se convierta en algunos casos inclusive mejor que el matrimonio, pues no tendría las desventajas de amarre que tiene el mismo y sí todas las ventajas que de él se pregonan en los tiempos actuales.

2. El matrimonio homosexual una batalla en ciernes

Igual que en el derecho español, la Constitución Política de Colombia se refiere a la institución del Matrimonio. La consagración se hace en el Título II, dedicado a la consagración de los derechos, garantías y deberes de los ciudadanos, específicamente en el Capítulo II que está dedicado a los derechos sociales, económicos y culturales y que se abre con el artículo 42. Es de anotar, que la consagración de la institución del matrimonio quedó normativamente ubicado en sede de los derechos y deberes de la institución familiar, toda vez que uno de los pilares fundamentales de la familia es el matrimonio.

También, de igual manera que en el derecho hispano, la Constitución Política remite a la ley civil para efectos de regular las formas de matrimonio, la edad y capacidad

⁵ <http://www.agmagazine.com.ar/versionImprimible.php?IdNot=3407>. En Artículo “Colombia: la Justicia amplía los derechos de las parejas homosexuales”, por Manuel Velandia. 01-28-2009.

para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y disolución del vínculo, pero a diferencia del derecho español en el ordenamiento jurídico colombiano no se consagra de manera expresa el *ius connubi*, pues no existe una norma como la del artículo 32.1 de la CE y su correlativa expresión legal en el artículo 44.1 del Código civil, que señale el derecho de los cónyuges a contraer matrimonio en igualdad jurídica y de conformidad a las disposiciones legales, se trata pues en España de una regla que vincula a todos los poderes públicos y cuyo contenido esencial está protegido por la acción de inconstitucionalidad. Ahora bien, del canon constitucional colombiano (artículo 42, incisos 1 y 2 se concluye el *ius connubi* en la expresión: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Se constituye por vínculos jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio... Así pues, el enunciado que indica que se trata de una unión libre de un hombre y una mujer a contraer matrimonio contiene en sí misma el derecho de contraer matrimonio libremente, y ello implica la consagración tácita del *ius connubi* con rango constitucional. Y a nivel legal, dicho derecho aparece consagrado en el artículo 115 del Código civil Colombiano, cuando manifiesta que el contrato de matrimonio tiene como fundamento el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes. Así, pues, de estas dos disposiciones jurídicas que tienen su refugio en otros dos cánones constitucionales a saber los artículos 13 y 16 CP se desprende la libertad de contraer matrimonio configurado como un derecho al matrimonio, es decir, el *ius connubi*.

Igualdad que se reproduce legalmente de manera expresa en el artículo 66 del Código civil español al señalar que los cónyuges son iguales en derechos y en deberes, todo ello respaldado por el canon constitucional 14, haciendo eco de la no discriminación, entre otras razones, por la del sexo. Por su parte en la Constitución colombiana no hay un canon constitucional que consagre de manera expresa la igualdad jurídica entre marido y mujer, pero sí está el artículo 43 que señala, de manera genérica y amplia, la igualdad de derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre, con la correlativa consagración, todavía mucho más omnicompreensiva, del canon 13 que es un culto al principio de igualdad jurídica y material, pues da las pautas para su aplicación real y efectiva. La consagración legal de la plena igualdad jurídica de los cónyuges no se da en términos de norma expresa pero sí por el sentido diáfano que arrojan las consagraciones de la ley 28 de 1932 y del Decreto 2820 de 1974, pues a través de la primera normatividad desapareció la sujeción de la mujer al marido en asuntos relacionados con la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y por la segunda se declaró la muerte de la potestad legal marital que tenía el marido respecto de su mujer.

También, a diferencia del derecho español, en Colombia el Código civil define en su artículo 113 el matrimonio como un contrato que se celebra de manera exclusiva entre un hombre y una mujer y a través del cual se comprometen a vivir juntos, a procrear y a auxiliarse mutuamente. Por tanto, de la enunciación legal se determina claramente la naturaleza contractual de la unión matrimonial, y de igual manera su contenido jurídico esencial frente al que se advierte que salta de bulto la exclusión de una característica propia del matrimonio canónico, cuál es la indisolubilidad del vínculo.

Así las cosas, tanto el matrimonio civil, objeto de nuestro estudio, como el matrimonio religioso se establece sobre la base intersexual, debe ser contraído por un hombre y por una mujer, y es claro que respecto al matrimonio religioso, y específicamente el matrimonio católico, no hay que dar mayores explicaciones para esa exigencia, pero de igual manera en nuestro país el matrimonio civil está configurado, hasta la fecha, bajo el supuesto de la diferencia de sexos, pues ello lleva a la Corte Constitucional Colombiana a señalar hasta la fecha que entre los efectos civiles del matrimonio están, entre otros, la legitimidad de la prole, partiendo del supuesto que la procreación se da a través de la unión sexual del hombre y la mujer.

No se ha aceptado en este país caribeño el matrimonio entre personas del mismo sexo, es un requisito *sine qua non* de carácter objetivo la diferencia de sexos, que como lo señala Juan Enrique Medina Pabón, a primera vista se verifica con las características físicas de un individuo de la raza humana que sea hombre y el otro que sea mujer, sin importar si su *psiquis* corresponde a la del sexo contrario, o que sus órganos reproductivos sean normales o presenten alguna anomalía, o que sus preferencias sexuales se muevan en el continuo de la sexualidad humana o su capacidad reproductiva o capacidad física y afectiva para realizar el acto sexual. De hecho el funcionario competente establece el sexo de los contrayentes a través de los correspondientes certificados de nacimiento que provee el registro del estado civil.

Por su parte, en Colombia igual que en muchos países del orbe, se ha dado la discusión respecto del matrimonio homosexual, pero a diferencia de países como Suecia, Noruega, Dinamarca, España, entre otros, que han extendido las reglas del matrimonio a las parejas del mismo sexo, ni el legislador colombiano ni la Corte Constitucional han optado por tal reconocimiento y extensión, advierto de nuevo que hasta la fecha. Y de hecho, los movimientos sociales que han surgido para efectos del reconocimiento de las parejas del mismo sexo, han dejado de lado y ex profeso el propósito de impulsar el reconocimiento del matrimonio para las parejas homosexuales y se han dedicado, de manera denodada y con visibles resultados, al reconocimiento y aplicación del régimen de las uniones maritales heterosexuales a las uniones homosexuales. Claro está, que esto varió con la demanda de constitucionalidad que cursa actualmente en la Corte respecto de la definición de matrimonio del artículo 113 del Código civil, de la cual estamos esperando en los próximos días el pronunciamiento respectivo que puede partir en dos la historia del derecho matrimonial en Colombia y de contera la historia del derecho de familia patrio.

Pues bien, y llegando al núcleo esencial del matrimonio y por supuesto del consentimiento matrimonial es de advertir que de conformidad con los artículos 176, 177, 178, 179, 180, 251, 252, 253 y 257 del Código civil, se desprenden los derechos y las obligaciones matrimoniales, de los cuales hablaré más profundamente también en el capítulo siguiente, pero que se enuncian así: El deber de fidelidad y exclusividad, el deber de socorro y ayuda mutuos, que tiene un soporte tanto personal como patrimonial, el deber de cohabitación, el deber de fijar el domicilio común conyugal, el deber de establecimiento y dirección del hogar, que incluye la subvención de las ordinarias necesidades domésticas, el cuidado personal y la

custodia con la facultad de vigilancia, control, corrección y sanción moderada, y la subvención de los gastos de la crianza y educación de los hijos comunes, aunque se encuentren en estado de separación de bienes, lo que se verifica a través del cumplimiento de la obligación alimentaria (vestido, alimentación, educación, salud, habitación y recreación), y finalmente la adecuada administración y manejo del caudal patrimonial social a cuyo cargo están los dichos gastos respecto a los hijos, y también respecto al establecimiento de los cónyuges y de los padres y a los ascendientes, que en estado de ancianidad, demencia y otras causas requieran auxilio. En España por su parte además, del divorcio y la separación de mutuo acuerdo, o el divorcio y separación solicitado por uno de los cónyuges con consentimiento del otro, que es una derivación del primero, tienen el denominado divorcio no causal o exprés, determinado por la decisión unilateral de uno de los cónyuges una vez hayan transcurrido tres meses de celebrado el matrimonio, ello consagrado por la Ley 15 de 2005, que modificó el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en estas materias.

En este marco de acción aparece la referida demanda de constitucionalidad de la cual se destaca lo siguiente: Fue presentada por el ciudadano abogado Felipe Montoya Castro, quien se manifiesta de la siguiente manera:

“... me dirijo a ustedes para interponer acción pública de constitucionalidad contra las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” contenidas en el artículo 113 del Código civil de Colombia, y contra las expresiones “familia” y “un hombre y una mujer de contraer matrimonio” contenidas en el inciso I del artículo 2 de la Ley 294 de 1996. Las normas demandadas vulneran los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 16, 18 y 38 de la constitución política, y normas que integran el bloque estricto de constitucionalidad conformado en el caso concreto, por el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos y el artículo 6 de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre.

Solicitud a la H. Corte Constitucional:

Respecto al artículo 113 del Código civil de Colombia, Solicito que se declaren inconstitucionales las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear” por las razones expuestas en la demanda.

Respecto a las expresiones “familia” y “un hombre y una mujer de contraer matrimonio” contenida en el inciso I del artículo 2° de la Ley 294 de 1996, solicito sean declaradas inexecutable por las razones expuestas en la demanda.

Texto de las normas demandadas:

Artículo 2 de la Ley 294 de 1996: La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Para los efectos de la presente Ley, integran la familia. Los cónyuges o compañeros permanentes: (...).

Artículo 113 del Código civil: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”⁶.

Cabe destacarse de la demanda dos apartes de la Exposición de Motivos o Fundamentos de la Demanda Interpuesta, así el primero relacionado con el concepto de familia respecto de la que argumenta el demandante que “La familia no es una comunidad de individuos, sino unos determinados sujetos que la constituyen en virtud de las relaciones que les unen. Antes que sociales, estas relaciones son personales, es decir, constituyen la intimidad de la persona. Desde el punto de vista de la antropología filosófica, “la noción de familia está ligada a las nociones de persona –como único sujeto digno de ser querido por sí mismo–; de comunión de personas –fruto del amor interpersonal–; y de relación.

Familiar. Las relaciones familiares no son meros accidentes (en el sentido filosófico) de la persona, sino que pertenecen a la esencia de la estructura empírica de la vida humana, tal como ésta se da en la existencia”. En esta lógica de pensamiento vemos como el deseo humano de constituir una familia no obedece al simple capricho de un individuo sea éste homosexual o heterosexual sino que obedece a la naturaleza humana y a la esencia intrínseca de las personas. Ha sostenido la Corte Constitucional que “Es un principio axial del Estado Social de Derecho, liberal, la neutralidad del Estado frente a los planes de vida buena de los asociados (...); en esa clase de organización política, el hombre no es un medio al servicio del Estado en la búsqueda de objetivos comunes, sino un fin en sí mismo, libre para buscar su propia meta de perfección. Así, el orden político justo que debe ser aquél a cuya realización debe propender el Estado Colombiano”. Y respecto del segundo concepto, relacionado con el matrimonio señala el libelista:

“Dice la norma objeto de la demanda, Artículo 113 del Código civil: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. (...) No nos debe quedar pues duda que el matrimonio religioso y el matrimonio civil son dos figuras completamente diferentes y respecto de las cuales no se puede aplicar la figura de la analogía para hacer extensivo al orden civil el requisito religioso de la heterosexualidad de los contrayentes, pues los derechos de asociación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana e igualdad son inherentes a toda persona y a nadie se le puede negar la posibilidad de recurrir a la figura contractual del matrimonio civil si a bien lo tiene y ello es concordante con su plan de vida. Bélgica, Canadá, España, Noruega, Países Bajos, Sudáfrica y Suecia han permitido a las parejas del mismo sexo acudir al matrimonio, entendido como contrato civil. También han actuado en forma similar los estados de Massachusetts y Maine en Estados Unidos. (...) Esta, sin lugar a dudas es la óptica que mejor se ajusta a nuestro Estado Social de Derecho de carácter pluralista e incluyente⁷.

⁶ Felipe Montoya Castro. Demanda en acción pública de constitucionalidad. Páginas 1, 2.

⁷ Felipe Montoya Castro. Op.cit. páginas 3, 11, 12, 13.

De esta guisa, conocemos que la demanda está en el despacho de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, quien ha tenido posiciones a favor del reconocimiento de los individuos homosexuales y de las parejas homosexuales, aunque sus pronunciamientos al respecto se caracterizan de ser tímidos y prudentes. La Magistrada mira con buenos ojos la situación de la minoría sexual homosexual, pero adelantar sobre ello la orientación del fallo de constitucionalidad es prematuro. Se sabe que instó a la intervención de la ciudadanía, invitación que fue recogida por más de cincuenta intervenciones, entre ellas las de aproximadamente 10 universidades colombianas, varias ONG [Organizaciones no gubernamentales], La Conferencia Episcopal Colombiana, los diferentes organismos del Estado, los partidos políticos, organismos multilaterales como la ONU [Organización de Naciones Unidas].

La posición más recalcitrante sobre el tema la sigue sosteniendo el Procurador General de la Nación, en cabeza del señor Alejandro Ordoñez Maldonado, quien sigue oponiéndose a la solicitud del reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo como familia y ahora con mayor razón a la posibilidad de contraer el vínculo matrimonial, esgrimiendo como argumento central “la procreación” y la “supervivencia de la raza humana” que tiene como base fundante la diferencia de sexos.

La verdad sea dicha, no se sabe en estos momentos en Colombia cuál será la reacción de la Corte Constitucional frente al reconocimiento del matrimonio homosexual por vía de Constitucionalidad, toda vez que la reestructuración que se ha seguido dando en el alto tribunal con la llegada de nuevos magistrados impide saber con cierto grado de certeza cuál será su posición al respecto, ya que de algunos de ellos no se conocen pronunciamientos en este campo. El sector abanderado del reconocimiento mencionado tiene muy afincadas sus expectativas a favor del mismo; un gran sector de la población se opone a través de organizaciones seculares, la mayoría de ellas de corte cristiano apostólico romano, y un tanto no cuantificable claramente guarda un silencio también expectante.

Es claro que en el ámbito universitario, con denotadas excepciones, hay un ambiente propicio a favor de las peticiones de la demanda y de los argumentos que las apoyan. Por tanto, ante la incertidumbre propia de la situación subjudice sería temerario adelantar hipótesis sobre el cambio de panorama que se avecina con el cambio de paradigma si fructifica el esfuerzo que recoge la demanda analizada.

3. El proyecto de Ley 073 de 2010

Como se anunció, quedó reservado para la parte final de la conferencia el obligado comentario sobre el proyecto de Ley 073 de 2010, que fue presentado ante la Secretaría General del Senado de la República el pasado 4 de agosto, liderado de nuevo por la Senadora Piedad Córdoba Ruíz.

En cuanto a la propuesta que hace el Proyecto de Ley, hay que decir que de manera general recoge las principales pretensiones que tuvieron los ya mencionados proyectos de Ley 85 de 2001 y 43 de 2002 que habían sido presentados para su trámite legislativa por la misma senadora Piedad Córdoba Ruíz.

Cabe destacar de los ocho (8) artículos que componen el proyecto, los siguientes aspectos de interés:

1. Que en la denominación del proyecto actual, 73 de 2010, hay un ligero cambio en el enunciado respecto de los proyectos anteriores, y que parece una mera circunstancia formal, pero que tiene incidencia importante en el fondo o contenido del mismo. Así, tanto el Proyecto 81 como el 43 susodichos, se enunciaban como “Por el cual se reconocen uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos”, mientras que el actual proyecto se encabeza así: “Proyecto de Ley 73 de 2010 Senado, por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus efectos legales”. Es claro, por tanto, que el énfasis que se le hicieron a los proyectos anteriores abortados, era el aspecto patrimonial de las uniones de hecho a más del reconocimiento de las uniones homosexuales como tal, tanto así que en los textos de los artículos 5º numeral 1 (Proyecto 81 de 2001), y 4º (Proyecto 43 de 2002) se consagraba la creación de un régimen patrimonial especial para las parejas del mismo sexo, sin que se llegara a confundir con el régimen patrimonial vigente de las parejas heterosexuales reguladas por la Ley 54 de 1990, no admitiéndose su aplicación analógica ni para su constitución, ni para administración, disolución y liquidación, ya que el trámite era propio y en el evento de su judicialización se llevaba al conocimiento del Juez Civil y no de Familia como corresponde a las uniones maritales de diferente sexo. Por su parte, en el artículo 4º del proyecto actual como obedece al enunciado inicial de reconocer a las uniones homosexuales sus efectos legales, y entre ellos, los patrimoniales en igualdad de condiciones constitucionales y de orden legal de los demás derechos, se procede a presumir, la sociedad patrimonial de hecho prácticamente en las mismas condiciones que se aplican en el régimen de la Ley 54 de 1990, siempre que se cumpla con la realización del supuesto de hecho normativo consistente en que haya convivencia por un lapso no inferior a los dos años y que las sociedades conyugales o patrimoniales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la iniciación de la unión. Como se ve, se ha resaltado la expresión “prácticamente en las mismas condiciones”, porque en el proyecto se exige que la disolución sea tanto de sociedades conyugales como de sociedades patrimoniales anteriores, mientras que en el artículo 2º de la ley 54 de 1990, literal b), solo se exige la disolución de las sociedades conyugales y no las patrimoniales anteriores. Claro que al respecto nuestra doctrina ha diagnosticado que en el evento de presentarse tal situación de una sociedad patrimonial de hecho anterior en una unión marital heterosexual debe aplicarse analógicamente el requisito de ley exigido para la existencia de una sociedad conyugal, punto todavía discutible.

Dice además el proyecto, en el mismo artículo 4º que la sociedad patrimonial de hecho podrá ser declarada judicialmente, o por el mutuo consentimiento expresado en escritura pública ante notario o por acta suscrita ante un centro de conciliación previa la demostración de la existencia de los requisitos que se exigen en dicho artículo. Con ello se recogen, en este sentido, los lineamientos de la Ley 54 de 1990

modificada por la Ley 979 de 2005, y de la Ley 962 del mismo año que le confiere competencia a los notarios para la constitución de la sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes.

Ahora, igual que como sucede en el régimen de conformación de la sociedad patrimonial de hecho de las parejas heterosexuales, el proyecto replica textualmente en su artículo 5° el artículo 3° de la Ley 54, pues se señala:

“Artículo 5°. Bienes de la sociedad patrimonial. El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros.

No forman parte del haber de la sociedad patrimonial de la pareja del mismo sexo los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión, salvo pacto en contrario de las partes”. (Subrayado extratexto, pues son las dos adiciones que les hace el proyecto a la norma de la ley 54 de 1990).

Necesario aquí es advertir que la Senadora Córdoba Ruiz y el ponente para primer debate, Senador Moreno Rojas, no tuvieron en cuenta aclarar que la expresión “o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho” ha sido objeto un pronunciamiento de exequibilidad condicionada por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-14 de 1998 en la que se dijo que la expresión se mantenía “...bajo el entendido de que la valorización que experimentan los bienes propios de los convivientes, por causa de la corrección monetaria no forma parte de la sociedad patrimonial”. Claro que como se dirá en un momento, esta omisión se suple con la interpretación que se haga del artículo 7° del proyecto.

Y como corolario de lo anterior, el artículo 6° *ibídem*, hace una remisión expresa a la analogía *legis* al señalar que “además de lo previsto en esta ley, la sociedad patrimonial de la pareja del mismo sexo se regirá por lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 y las normas que la modifiquen, adicionen o reformen”.

2. Al definir el proyecto la unión de pareja del mismo sexo, lo hace utilizando la estructura genética de la misma, igual que lo hizo la Ley 54 de 1990 respecto de la unión heterosexual, pero con diferencia de algunas expresiones semánticas, tanto en el enunciado de la ley como en el enunciado del proyecto, ya referido en el acápite anterior pero con otro nivel relacional (se compararon los tres proyectos de un mismo tema – 85 de 2001, 43 de 2002 y 73 de 2010. Y a sabiendas de la susceptibilidad nacional que genera el tema, tal definición y enunciación puede dar lugar a discusiones bizantinas que pretenderán mantener diferencias sustanciales entre ambas figuras, so pretexto del empleo de expresiones equivalentes pero no iguales.

Veamos, la Ley 54 de 1990 se enuncia y define así: “...por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Artículo 1°. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”. (Subrayado extratexto).

El proyecto se enuncia y define así:

“...por medio de la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus efectos legales. Artículo 1°. Objeto: La presente ley tiene por objeto reconocer legalmente los derechos y deberes de las uniones maritales de las parejas del mismo sexo, dentro del marco de igualdad y respeto a la diferencia que establece la Carta Política. Artículo 2°. Conformación. Son uniones de parejas del mismo sexo las formadas entre dos personas mayores de edad, que hacen una comunidad de vida permanente y singular, que corresponden al mismo sexo, siempre que ninguna de ellas tenga vínculo conyugal, unión marital de hecho o unión de pareja del mismo sexo u otro distinto, vigente”. (Subrayado extratexto).

Todas las expresiones que aparecen resaltadas con líneas en un sentido amplio están haciendo eco de un tratamiento sinonímico entre uniones maritales de hecho y uniones de pareja, de igual o diferente sexo, aunque un purista del lenguaje podría llegar a decir que no son lo mismo, y que cuando el legislador distingue el intérprete debe distinguir, lo que indica que en el proyecto de ley se debió cuidar de emplear el mismo término “Unión marital de hecho” para las personas del mismo sexo, como se hizo en la Ley 54 de 1990, y no solo en el sentido de señalar por vía negativa, en la parte final del artículo 2°, que habrá unión de pareja del mismo sexo siempre que ninguna de las dos personas que la conforman tenga “unión marital de hecho o unión de pareja del mismo sexo u otro distinto, vigente”. Nada raro sería que se pretenda sostener que el conector “o” entre las expresiones “unión marital de hecho” – “Unión de pareja del mismo sexo” sea de naturaleza disyuntiva y no copulativa, para acotar, además que por eso el artículo habla de “otro distinto sexo”. De interpretaciones forzadas hay bastante acervo doctrinal e inclusive jurisprudencial.

De igual manera, en lo relativo a la expresión “compañeros permanentes”, pues en la definición de la normativa legal (Ley 54 de 1990) se definen también claramente quiénes son compañero y compañera permanente, es decir, “el hombre y la mujer que sin estar casados ,hacen una comunidad de vida permanente y singular”, mientras que en el proyecto nada se dice al respecto, y solo hay un uso de la expresión “los compañeros” en el artículo 4° respecto de la declaración de la existencia de la sociedad patrimonial de hecho.

3. El otro aspecto relevante, que igual se dicta en la definición es el concerniente a la capacidad de las personas que pueden conformar una unión marital de hecho del mismo sexo, pues hay una exigencia expresa de “la mayoría de edad” de ambos hombres o ambas mujeres, que es un requisito no existente en la sociedad patrimonial de hecho heterosexual.

Como ya se expresó en el contenido de esta conferencia, y respecto del tema de la capacidad, no hay un requisito de edad expreso de ley para conformar la unión marital entre un hombre y una mujer, salvo el límite que la naturaleza misma

impone para efectos de proteger la integridad física y moral de la infancia y la adolescencia temprana, que va desde los cero (0) hasta los catorce (14) años), lo que sigue estableciendo entonces una discriminación por razón de la orientación sexual, pues significa que un incapaz relativo, como un menor adulto, varón o mujer, de diecisiete (17) años por ejemplo no podrá conformar lícitamente una unión marital de hecho, mientras que en la misma situación o con una edad menor que no esté por debajo de los catorce (14) años sí puede legítimamente contraer matrimonio civil o religioso, con una persona mayor de edad, no importa la diferencia que entre ellos existe, o con una de su misma edad, teniendo solo como sanción el desheredamiento, o en su defecto la declaración de indignidad, si no solicitó por parte de los ascendientes que indica la ley para obtener su autorización⁸.

Se pregunta entonces ¿qué se pretende proteger con dicho límite de la mayoría de edad: impedir que un posible miembro de la pareja, mayor de edad, o un menor adulto bastante maduro, se aproveche indebidamente del menor o la menor con la cual forma la unión marital, para efectos de lucrarse patrimonialmente de forma indebida de los bienes de dicho incapaz, o que lo someta a tratos inmorales, depravados e ilícitos? A lo que se respondería con otra pregunta: ¿Acaso el matrimonio legítimamente celebrado evita que el incapaz quede sometido a esas vejaciones o abusos patrimoniales? La respuesta es: No y para ello existen las acciones de la ley tanto penal como civil que se pueden impetrar en protección de dicho sujeto, ya por el mismo, por el ministerio público o en su defecto por un representante nombrado específicamente para ello.

Se aclara, que no se pretende hacer apología a una libertad sexual temprana y desbordada, solo que al aplicar el principio de hermenéutica material que no indica: donde existe las mismas razones de hecho, se deben dar las mismas consideraciones de derecho, queda claro que hay un trato desigual en este tema de la capacidad, que como bien se ve amerita un análisis más completo.

Como consecuencia de lo anteriormente referido, es conclusión lógica y necesaria, pensar que la interpretación que debe hacerse de todo el articulado del proyecto debe ser guiado a más del sentido literal de la norma por su sentido lógico-jurídico y finalista-consecuencialista, pues no basta utilizar meramente el elemento gramatical, so pretexto de la claridad enunciativa del texto legal, sino que hay que hacer una lectura integral y armónica de todo el texto propuesto. Y para ello el penúltimo artículo trae de nuevo una herramienta ya acotada, la analogía *legis*, que permite llenar los vacíos y oscuridades latentes en el proyecto, al señalar: “Artículo 7°. Otros efectos. Son aplicables a la unión de personas del mismo sexo y a sus integrantes las leyes civiles, penales, laborales, administrativas y de cualquier otro orden aplicables a la unión marital de hecho y a los compañeros permanentes, entre ellas las que determinan o les atribuyen derechos, deberes, prohibiciones, limitaciones, cargas

⁸ Protección a los menores de catorce (14) años y que es recogida por los artículos 208, 209 y 211 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), artículos 192 a 200 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), el parágrafo del artículo 53 la Ley 1306 de 2009 sobre Régimen de Discapacidades, y la Sentencia de la Corte Constitucional C- 534 de 2005 con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

sustanciales o procesales, inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses, impedimentos, recusaciones y medidas de protección”. (Subraya extratexto).

Se resalta de nuevo una expresión como la de las leyes las leyes civiles, penales, laborales, administrativas y de cualquier otro orden aplicables, pues es de parecer del conferencista que tal expresión debía adicionarse con la “de las normas” y quedara el texto así: “... las normas y las leyes civiles, penales, laborales, administrativas y de cualquier otro orden aplicables...” que permitan el uso analógico de los cánones constitucionales, las sentencias de constitucionalidad que los interpretan y aplican, y las sentencias de unificación de tutela y de tutela proferidas por el Juez Constitucional, las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia y las análogas del Consejo de Estado, junto con los demás actos que permitan su aplicación a esta realidad de la unión homosexual.

Y como dato curioso, hay un error de digitación, seguramente, en el proyecto de ley y la ponencia para primer debate al hablar de la importante sentencia C- 029 de 2009, ya también analizada, y que se menciona erradamente como la Sentencia C- 079 de 2009.

Por lo demás, hay que mirar con optimismo el futuro de las naciones y de los Estados de Derecho que las protegen y regulan. Por ello, no está de más un voto de confianza en el legislador colombiano en aras a un cambio de mentalidad que permita el ejercicio de una política pública legislativa incluyente, en la que se consolide la confianza del pueblo en su órgano legislativo democráticamente elegido, al que le ha delegado la sagrada misión de proteger, a través de las leyes que produce, la protección tanto de los grupos mayoritarios como de aquellos que por su escasa representación o minoridad se ven excluidos y marginados, advirtiendo en todo momento, y a la luz de lo dicho por el alto Tribunal Constitucional en la Sentencia C-507 de 2004, que trae a colación en la exposición de motivos la senadora Córdoba Ruíz en su proyecto: que “no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) si la menor protección relativa de un grupo obedecen a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido”.

III. EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN MARITAL DE HECHO DE LA DIVERSIDAD DE GÉNERO A LA DIVERSIDAD SEXUAL⁹

Para finalizar el panorama de la unión marital de hecho entre personas de diferente sexo, se quiere llamar la atención, de manera especial, respecto del requisito uno 1) del surgimiento de la unión marital de hecho enunciado como diversidad de sexos,

⁹ Anexo esta reflexión adicional como un punto que puede dar lugar a otras reflexiones de carácter interdisciplinar, que pueden resultar útiles en un futuro cercano si tanto la demanda sobre el matrimonio homosexual como el proyecto de ley sobre unión marital de hecho entre personas del mismo sexo tienen eco en otra corporación de los poderes públicos.

pues realmente ese requisito debe llamarse “Diferencia de géneros”, que aunque parece una expresión igual a la de “diversidad de sexos”, no son categorialmente equivalentes, ya que la primera tiene un marco conceptual y de acción más amplio y la segunda en los mismos aspectos en mucho más restringido y además queda incorporada en la primera categoría. Como ejemplo de la indebida identificación entre género y sexo tomo lo dicho por el tratadista Roberto Suárez Franco¹⁰: “De la definición se coligen como características de la unión marital de hecho las siguientes: 1. Diversidad de sexos. La unión marital de hecho, tradicionalmente y tal como se halla prevista en la ley 54 de 1990, es entendible cuando en su conformación intervienen un hombre y una mujer, vale decir, que se configure la diversidad de sexos entre sus componentes. Con acierto el legislador está descartando, como uniones de esta naturaleza, las convenidas por personas de un mismo sexo”. Se ve claramente la confusión hecha por el autor mencionado entre el significado de género y de sexo, interpretando por demás de manera equívoca el sentido que el legislador le quiso dar a los términos hombre y mujer.

Al tomar literalmente, lo que el profesor Hernando Muñoz Sánchez¹¹ (15) queda claramente establecido el sentido de diferencia de género a la que se alude en este texto: “...es importante entender que el género es una categoría relacional, es decir, que no es posible estudiar a la mujer y la feminidad, sin la comprensión del hombre y la masculinidad. No se puede hablar de hombre y mujer en singular. Hablemos de la existencia de hombre y mujeres, lo cual evoca pluralidad, diversidad y multiplicidad de identidades masculinas y femeninas que están dadas por la interrelación de varias categorías como: etnia, clase social, edad, generación, historia personal, ser del medio rural o urbano, orientación sexual y religión entre otras. Frente a la naturalización de lo femenino y lo masculino, el desarrollo del concepto de género contribuyó a la comprensión de la cultura como un sistema simbólico que provee a mujeres y hombres una serie de imaginarios, representaciones y prácticas sociales que definen espacios, roles, tiempos y características que ideal y realmente ambos deben cumplir”. Por tanto, desde el año 1990 hasta la actualidad es en este sentido que debe tomarse el concepto de hombre y mujer señalado en el artículo 1 de la susodicha Ley 54; y no como se concebía bajo la ley 45 de 1936 en la que en el concubinato o amancebamiento el hombre y la mujer eran meros sujetos que en los extremos de la relación sexual servían para la complacencia del otro sexo o que buscaban la procreación como un fin de la misma, ya que se justificaba el concubinato como la unión de orden sexual, por ser esa su finalidad esencial al predicarse que su fuente estaba en un mero hecho, el encuentro sexuado protegido por la mutua fidelidad, especialmente la de la concubina, y por la estabilidad, que no significaba en esa época necesariamente la residencia conjunta y el compartir continuo y regular de lecho, techo y mesa, pues se admitía la coexistencia de una relación concubinaria con una relación matrimonial por parte del concubinario,

¹⁰ Derecho de Familia, Tomo I, Régimen de las personas, publicado por la Editorial Temis S.A., pág. 438.

¹¹ Investigador de la Universidad de Antioquia, quien realiza un estudio sobre las nuevas masculinidades, al que se refirió en su conferencia dictada en las Segundas Jornadas de Derecho, Género y Sexualidad Universidad EAFIT, realizadas el 7 y 8 de septiembre del año 2009.

siempre que éste asistiera a la comunidad regular de habitación y proveyera los gastos del hogar común.

Así entonces, hablar de diversidad sexual tiene un componente diferente y más concreto si se quiere que hablar de género, y que aplica perfectamente a las uniones de hecho de diferente sexo y a las de mismo sexo.

En la conferencia “Preferencias sexuales genéricas: heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad: Derrumbe de mitos y falacias”, dictada por la médica y sexóloga Carolina Londoño Gutiérrez, en las ya mencionadas Segundas Jornadas de Derecho Género y Sexualidad, versión 2009, se mostró la consistencia del continuo de la sexualidad humana inicialmente propuesto por el norteamericano Alfred Kinsey y sus colaboradores del Instituto Kinsey, y modificado posteriormente por el grupo de investigadores liderado por el Dr. Lizárraga del Instituto Mexicano de Sexología dirigido por el médico Juan Luis Álvarez-Gayou, quienes ubican en los extremos del continuo la heterosexualidad y la homosexualidad, y en el intermedio la bisexualidad. A partir de ahí denominan seis categorías a saber: “Fundamentalmente heterosexual, básicamente heterosexual, preferentemente heterosexual, bisexual, preferentemente homosexual, básicamente homosexual y fundamentalmente homosexual”; y en otro aparte indica la conferencista: “En este modelo conceptual (no clínico) quedan establecidas 73 posibilidades de expresión hetero y homosexual en un continuo que tiene como extremos a individuos fundamentalmente hetero y homosexuales que son o no practicantes de su potencialidad sexual o quedan en el centro del continuo (que a juicio del Doctor Álvarez-Gayou, podría considerarse el origen) como individuo con potencialidad bisexual, no practicante de su homo ni de su heterosexualidad, es decir el punto donde todos nos encontramos al nacer, como lo planteó Freud”¹².

¹² El continuo de la sexualidad se explica así: “Fundamentalmente heterosexual: Sólo son atraídos por personas del otro sexo y no es capaz de reconocer belleza en personas de su propio sexo.

Básicamente heterosexual: Reconoce elementos estéticos en individuos de su mismo sexo sin que implique de manera necesaria búsqueda o realización de actividad erótica.

Preferentemente heterosexual: tiene más atracción por personas del otro sexo pero siente también atracción por personas del mismo sexo.

Bisexual: Es el que presenta “no preferencia” es decir que la atracción es igual por uno u otro sexo.

Preferentemente homosexual: tiene más atracción por personas del mismo sexo pero siente también atracción por personas del otro sexo.

Básicamente homosexual: Reconoce elementos estéticos en individuos del otro sexo sin que implique de manera necesaria búsqueda o realización de actividad erótica.

Fundamentalmente homosexual: Sólo son atraídos por personas del mismo sexo y no es capaz de reconocer belleza en personas del otro sexo.

Entonces, existen en consecuencia tres formas de “manifestación de la expresividad sexual hetero y homosexual en cada individuo; así se muestra: Practicante asumido, es decir, el que tiene o ha tenido una u otra actividad y que lo reconoce abiertamente. Oculto u onírico fantasioso, es decir, individuos que pueden fantasear o soñar con una u otra expresividad sin llevarla a cabo, o bien que se encuentran en una etapa de su vida sexual en la que enfrentan a su propia sexualidad y dudan de sus posibilidades de respuesta, sin práctica de esa expresión sexual o con una reducida experiencia. No practicante de una, otra o ambas expresiones.

Si se quiere entonces, reconocer la obligación que tiene el Estado contemporáneo de reconocer y proteger las diversas manifestaciones culturales, ancestrales, religiosas, sociales y sexuales de sus todos los ciudadanos, máxime el Estado colombiano que se rotula con suficiencia, “Estado social de Derecho” por consagración constitucional, hay suficientes motivos para implementar una legislación general para las uniones maritales de hecho del mismo y de diferente género, o por lo menos una particular para las uniones de hecho entre personas del mismo género y la misma opción sexual.

APOYO BIBLIOGRÁFICO

Doctrina colombiana

- Medina Pabón, Juan Enrique. Derecho Civil. Aproximación al Derecho de Personas. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario, segunda edición, 2010. 793 páginas.
- Medina Pabón, Juan Enrique. Derecho Civil. .Derecho de Familia. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario, primera edición, 2008. 838 páginas.
- García Restrepo, Álvaro Fernando y Roca Betancur Luz Stella. Unión Marital de Hecho y Sociedad Patrimonial. Bogotá, D.C: ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001. 399 páginas.
- García Restrepo, Álvaro Fernando y Roca Betancur Luz Stella. Hacia un justo régimen de bienes entre compañeros permanentes. Medellín: Editorial Semilla Y Viento, 1994. 373 páginas.
- Lafont Pianetta, Pedro. Derecho de Familia. Unión Marital de Hecho (Ley 54 de 1990). Santa Fe de Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 1992. 569 páginas.
- León Jaramillo, Gustavo. Derecho de Familia y de menores. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1991. 525 páginas.
- Parra Benítez, Jorge. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008. 685 páginas.
- Parra Benítez, Jorge. Manual de Derecho Civil. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2002. 585 páginas.
- Restrepo Múnera, Carolina, Sánchez Pineda, Sandra y Tamayo Sepúlveda Catalina. Derecho y Diversidad Sexual. Medellín: Ediciones Sello Editorial Universidad de Medellín, primera edición, 2010. 231 páginas.
- Suárez Franco, Roberto. Derecho de Familia, Tomo I, Régimen de la Personas. Bogotá: Editorial Temis S.A., novena edición, 2006. 495 páginas.
- Valencia Zea, Arturo, Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas. Bogotá: Editorial Temis S.A., decimosexta edición, 2006. 679 páginas.

Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis S.A., sexta edición, 1998. 607 páginas.

Doctrina española

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Instituciones de Derecho Civil, Volumen I/1, Introducción. Parte general. Derecho de la Persona. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2000, primera reimpresión de la segunda edición en dos volúmenes, 1998. Páginas 368.

Martínez de Aguirre, Carlos. Acuerdo entre convivientes more uxorio. Conferencia dictada en la Academia Matritense del Notariado, 17 de febrero de 2000. 49 páginas.

Martínez de Aguirre, Carlos. El nuevo matrimonio civil. Ponencia presentada en el Curso Novedades legislativas en materia matrimonial, CGPJ, separata 130, Madrid, 6-8 de septiembre 2006. 58 páginas.

García Cantero, Gabriel y otros. El Matrimonio ¿contrato basura o bien social? Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., primera edición, 2008. 250 páginas.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-097 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-569 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-037 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-539 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-290 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-101 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia 481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-507 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-618 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-999 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-1426 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU-623 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-814 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-338 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

LA DIGNIDAD COMO DERECHO HUMANO JUDICIALMENTE PROTEGIDO Y EL MODELO DE FAMILIA EN MÉXICO¹

Walter Arellano Hobelsberger

Magistrado del Quinto Tribunal Colegiado en
Material Civil
Primer Circuito. Suprema Corte de Justicia de
la Nación (México)

Resumen

El concepto de dignidad humana asentado en la Constitución mexicana vigente es un valor supremo que debe ser considerado principio fundamental informador de todo el ordenamiento jurídico. Cuando en el año en curso se planteó la posible contravención a la Carta Magna derivada del hecho de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal determinó redefinir la institución del matrimonio para permitir que dos personas del mismo sexo puedan contraerlo y se instituyó la adopción para este tipo de matrimonios. Uno de los aspectos más sobresalientes de la resolución 7/2010 pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue justamente el relativo al respeto de la dignidad de la persona humana sobre la base de la prevalencia del principio de igualdad entendido como un valor supremo.

■ **Palabras clave:**
Dignidad humana;
Matrimonio personas
del mismo sexo;
Adopción infantil;
Constitucionalidad;
México

■ **Keywords:** Human
dignity; Same sex
marriage; Children's
adoption;
Constitutionality;
México

Abstract

Human dignity has been recognized as basic principle for the entire legal order in accordance with Mexican Constitution of 2005. The Suprema Corte de Justicia de la Nación has explained the content of this principle when settled its judgment 7/2010 about same sex marriage and adoption of children by these relationships.

¹ Conferencia ofrecida el día 16 de octubre de 2010 en la Sede del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial – México DF (México). La mesa en la que fue pronunciada esta conferencia fue presentada y moderada por el Prof. Dr. José Ramón Narváez Hernández, Profesor del Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, representante del partner internacional en México y coordinador de la actividad en aquel país.

Versión escrita de la conferencia ofrecida el 16 de octubre de 2010 en el marco de la "II Experiencia Interdisciplinaria de Didáctica a Distancia. Familia y relaciones afectivas. Derecho, ideología y dinámicas sociales"

Buenos días, saludo a todas las sedes a las que estamos conectados.

Quiero agradecer, en primer lugar, la invitación que recibí del Doctor Ramón Narváez Hernández para formar parte de estas interesantes Jornadas de Didáctica a Distancia. Asimismo es un honor formar parte de esta mesa junto con el Dr. Jorge Adame Goddard y, por supuesto, que en el mismo tenor de agradecimiento a los distinguidos estudiantes y especialistas jurídicos que en otras latitudes están comunicados con nosotros gracias al avance de la tecnología.

En los últimos años, el sistema jurídico mexicano ha experimentado cambios significativos en su configuración constitucional y legal sobre todo lo que hace a la interpretación y a la argumentación del Derecho.

Un elemento sumamente notable en la evolución jurídica mexicana es la inclusión de la fraseología "dignidad humana" en el texto de nuestra Constitución que recién se dio a partir de los primeros años del presente siglo. Nuestra Constitución mexicana establece en su primer artículo lo que se conoce en nuestro medio jurídico como "garantía de igualdad" a través de la cual se prohíbe expresamente toda discriminación motivada por origen étnico, o nacional o, por supuesto, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Nótese que se habla de "las preferencias" y se habla también de "cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

Me parece que son muchas las lecturas que se le pueden dar a ese nuevo contenido del artículo primero de nuestra Carta Magna en relación con lo que debe entenderse por la frase "dignidad humana". Dicho precepto se encuentra previsto en el capítulo que se conoce como "de garantías individuales" y, por tanto, puede pensarse que no se ha incorporado a nuestro Texto Fundamental una concepción plena de un derecho humano en toda su extensión. Sin embargo, desde una perspectiva diversa, también puede leerse el indicado numeral con una visión más extensa y optimista en el sentido de considerar que la inclusión de la dignidad humana en nuestra Constitución significa la pauta más importante que ha proporcionado el constituyente reformador para recordarnos que la dignidad humana es un valor supremo que debe reconocerse como prioritario en el sistema jurídico mexicano. En lo personal, más allá de la postura de la que nos afiliemos, me parece que esa sola inclusión expresa que la dignidad humana en nuestro Documento Fundamental

es la más importante de las múltiples reformas que ha experimentado desde su configuración en el año de 1917.

Estoy convencido de que para descifrar lo que debe entenderse por dignidad humana hemos de acudir al trabajo que han desarrollado distinguidos filósofos en distintos momentos de la historia del mundo, pues no hemos sido los abogados los más hábiles en desempeñar esa tarea, como tampoco lo hemos sido cuando ha sido el momento de delimitar lo que entendemos por Justicia.

Trataré de explicar las razones por las cuales se hace esta afirmación.

Para caracterizar conceptualmente la dignidad humana como se desprende de las reflexiones de ilustres pensadores de épocas diversas pero, al fin, filósofos, se podría proponer la siguiente exégesis de lo que ha sido la dignidad.

Se habla de dignidad como aquello que es valioso, que está revestido de excelencia, o de realce. Dignidad humana equivale a la dignidad de la persona. Es un atributo de los animales superiores. Es un ente importante en el Universo. Cuando se habla de dignidad se alude a que la persona humana es lo más digno de la naturaleza. La dignidad pertenece a la esencia. Es la bondad de alguna cosa por causa de sí misma. La dignidad se descubre con la razón. La dignidad en los seres humanos nos remite a algo, además de valioso, inviolable. No entra en el campo de lo negociable. No requiere ser reconocido, solo existe, pero debe descubrirse. Lo valioso se refiere a las perfecciones del ser en sí mismo y ahí radica lo bueno de sí mismo desde el punto de vista ontológico.

En la antigua China y también en Roma, la dignidad se concibe como una idea universal que permite reflejarse como la igualdad esencial de todos los hombres. Aristóteles, lo sabemos todos, consideraba que el ser humano es un ser político. Todo hombre, por su naturaleza, es miembro de la comunidad del género humano gobernado por la Razón y, además, miembro de la propia comunidad política en la cual nace. La Escuela Estoica, que desarrolló el pensamiento aristotélico, llegó a la conclusión de que el hombre por su naturaleza es miembro de la comunión universal del género humano; la dignidad es el resultado del buen equilibrio emocional, libertad, inteligencia, buena decisión.

La dignidad es un valor intrínseco y superior de cada ser humano independientemente de su posición social, cultural y económica. La dignidad es el pilar de todos los derechos humanos. La dignidad no es un derecho propiamente, es la base de todos los derechos. La dignidad se basa en el reconocimiento de que la persona merece respeto.

La referencia a la dignidad humana es omnipresente en los instrumentos fundacionales del Derecho internacional de los derechos humanos concluida la Segunda Guerra Mundial: Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo preámbulo refiere la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana y luego refiere “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La preocupación hoy por la persona es un referente universal. La universalización o globalización de la dignidad es un presupuesto para la consecución de una verdadera emancipación y pacificación de la humanidad.

Inmanuel Kant, en su segunda fórmula del imperativo categórico decía: “Obra tanto en tu persona como en la persona del otro siempre como un fin, nunca como un medio”. Es decir, no puede ser sustituido por otro, no tiene precio. Para Kant, solamente el hombre y la dignidad son términos absolutos. Desde una perspectiva ética y filosófica todo se basa en la ‘otredad’, en reconocer a otro ser humano en sus derechos.

Todo este bagaje de expresiones, digamos, de carácter filosófico nos conduce a constatar la importancia de la dignidad humana que, aunque tardíamente llega a México, constituye actualmente un pilar fundamental en nuestro sistema constitucional.

Convencido de la importancia de fijar una delimitación conceptual, que sirva a los tribunales, sobre qué debe entenderse por dignidad humana, de conformidad con la actual redacción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el mes de julio de este año, con motivo de un asunto del orden familiar que versó sobre el derecho de visitas y convivencias respecto de menores, propuse al Pleno del Tribunal al que pertenezco, que aceptaron, dos tesis interpretativas que en breve formarán jurisprudencia de aplicación obligatoria, sobre la definición, la naturaleza y el concepto, precisamente, de la dignidad humana. Tales interpretaciones están publicadas en la página 2273, del tomo 32, del Semanario Judicial de la Federación, correspondiente al mes de agosto del año en curso, en las que se establece textualmente lo siguiente: “Dignidad humana, definición. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”. Otra tesis: “Dignidad humana, su naturaleza y concepto. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna”.

Cada vez es mayor el número de asuntos en nuestro país en los que se hacen planteamientos de hecho y de Derecho que requieren enfocar los problemas desde la perspectiva de la dignidad humana.

Así, por ejemplo, este año se presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que configura un verdadero tribunal constitucional a partir del año 1995, una acción de inconstitucionalidad, consistente en un medio de control abstracto de la Constitución, en donde se planteó la posible contravención a la Carta Magna derivada del hecho de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, que corresponde aquí, en México, a la Capital de la República, se determino redefinir la institución del matrimonio para permitir que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y, además, se legisló para facilitar la institución familiar de la adopción para este tipo de matrimonios.

La Suprema Corte resolvió declarar la validez de los artículos que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción de menores por esta nueva forma matrimonial. Bien se puede decir que ante una fuerte oposición social ante una temática tan polémica, encabezada especialmente por sectores de la Iglesia, se trató de una decisión que de cierta forma pudiera ser calificada como democrática pero antipopular. Lo que no significa que en modo alguno exista contradicción en ello pues la Corte se ciñó a los principios y valores constitucionales aunque las estadísticas que en su oportunidad se conocieron no estaban de acuerdo con la decisión jurisdiccional del Máximo Tribunal. También se pudiera decir que la intervención o, en su caso, la interpretación de la Corte, no siguió los parámetros del Sr. Ronald Dworkin en cuanto al señalamiento que hace en sus obras en el sentido de que debe interpretarse la Constitución conforme a la cultura, la tradición y las costumbres.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la resolución pronunciada por el Tribunal Constitucional fue justamente el relativo al respeto de la dignidad de la persona humana sobre la base de la prevalencia del principio de igualdad entendido como un valor supremo.

En el contexto esencial del fallo, se advierte la clara intención de establecer esquemas que permitan empapar la realidad social y el Derecho. Ver lo que quiere verse invisible y afrontar un compromiso con la institución de la familia.

Para ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es muy contundente en mencionar que la Constitución, particularmente en su artículo cuarto, protege la organización y el desarrollo de la familia en sus múltiples formas y manifestaciones. En ese sentido, se destaca que la familia, lejos de ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico, que experimenta cambios y transformaciones de carácter social a lo largo del tiempo las cuales impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época. De esta forma, los fenómenos de carácter social, como la incorporación cada vez más activa de la mujer al trabajo, el menor número de hijos, la tasa de divorcios, las nuevas nupcias que dan origen a familias integradas con hijos de matrimonios o de uniones anteriores e, inclusive, con hijos en común de los nuevos cónyuges, el aumento de madres y de padres solteros, las uniones libres o de hecho, la reproducción asistida, la disminución de la tasa de natalidad, la migración y la economía, entre otros muchos factores, han dado lugar a que la “familia tradicional”, como se conoce en nuestro país, ha venido cambiando con el trayecto de los años.

Por ello es que, en principio, se justifica que el legislador ordinario se encuentre compelido a enfrentar esa realidad social y en eso también está comprometido el Tribunal Constitucional Mexicano. Se acepta que, tradicionalmente, está reconocido que el matrimonio como institución civil lo celebra un hombre y una mujer y es la base primaria de la familia y, como tal, ha sido objeto de especial protección por parte del Estado. Sin embargo, debe reconocerse, así lo dice la resolución, también que el matrimonio no debe ser un concepto petrificado o inmutable pues las relaciones sociales han presentado transformaciones de gran envergadura en las que se involucran las personas y las familias. En ese entorno evolutivo, se ha

flexibilizado el divorcio, se ha creado el concubinato así como las sociedades de convivencia y, al mismo tiempo, en ese proceso de cambio, se ha ido separando la idea, antes intocada, de matrimonio - procreación que, en algún momento, fue importante y casi un axioma.

Aunque el Estado, ciertamente, está interesado en la protección de la familia de la que no escapa una intención excepcional en su protección constitucional, no debe hablarse de que solamente debe de protegerse a la denominada “familia ideal”, formada por el padre la madre y los hijos, pues ello sería precisamente atentar contra la dignidad humana de quienes no forman parte de ese tipo de familia que, por cierto, cada vez constituyen un mayor número de personas, entre las que se encuentran, naturalmente, un número importante de menores de edad.

Bajo tales condiciones, aquí adquiere una gran relevancia la mención que se hace, a la luz de la dignidad humana, de los derechos de la personalidad que están en juego. Así, la decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que en diversas resoluciones ha reconocido la Suprema Corte de Justicia Mexicana.

En la resolución que comentamos, se asienta con toda claridad que la interpretación constitucional debe estar en correspondencia con la realidad social y debe buscar tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias y, especialmente, en el caso de la redefinición del matrimonio para incluir contrayentes del mismo sexo, se involucra una ampliación o bien, visto de otra forma, la igualdad de las personas homosexuales y la protección de sus uniones, que evidentemente han transitado dentro de la sociedad por un camino bastante difícil, de tal forma que, como ha sido reiterado en la jurisprudencia comparada, tanto en la interpretación como en la aplicación de los derechos fundamentales contenidas en los tratados internacionales, deben aplicarse en todo caso los principios *pro persona* y *pro libertatis*, conforme a los cuales siempre debe optarse por una interpretación extensiva en todo lo que favorezca su ejercicio y restrictiva en todo lo que los limite o se contraponga a dicha libertad.

Todo ello lleva al Tribunal Constitucional a considerar que la nueva definición del matrimonio en México constituye una decisión legislativa que es constitucionalmente razonable y proporcional, de tal forma que se trata de preservar la dignidad humana como un derecho fundamental, superior, reconociendo el sistema jurídico mexicano que deriva del libre desarrollo de la personalidad, es decir, del derecho de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma cómo quiere vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos, a decidir cuántos o bien decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal y también, por supuesto, su libre opción sexual.

En otro orden de ideas, los lazos afectivos o sexuales, son derechos de la personalidad, por lo que es correcto que se generen condiciones de plena igualdad para todos los individuos, de tal manera que la inclusión del matrimonio, sin

discriminación por razón de preferencias, también contempla relaciones de afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia y proyecciones de carácter común.

En cuestión de adopción de menores, igualmente, se reseña en la resolución respectiva que la protección del interés superior de los niños y las niñas que consagra el artículo cuarto de nuestra Constitución Federal es un principio que exige del Estado y de todos sus niveles de gobierno y ámbitos competenciales que siempre se procure su pleno respeto.

Es cierto que, tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a esta adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o de sus adoptantes, dada precisamente esa protección constitucional excepcional de los niños y de las niñas. Sin embargo, ello no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja, que es simplemente una de las opciones que se presentan en la naturaleza humana, y como tal forma parte de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo del menor y, por ende, que el legislador deba prohibir la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo o estimar que el solo hecho de que se trate de parejas del mismo sexo afecta al interés superior del menor.

Según se advierte de la multicitada resolución, no se tiene base normativa alguna para declarar inconstitucional el artículo relativo del Código civil para el Distrito Federal apoyándose en que la adopción por parejas del mismo sexo, *per se*, afecta el interés superior del menor y cualquier argumento en esa dirección nos pondría en la necesidad de utilizar un razonamiento vedado, precisamente, por el artículo primero de la Constitución Federal que específicamente prohíbe, como dijimos, la discriminación de las personas por razón de sus preferencias o por cualquier otra razón que atente contra la susodicha dignidad humana. Lo que también sería contrario a las diversas interpretaciones que ha desarrollado y confirmado el Alto Tribunal respecto del tipo de familia que protege el artículo cuarto de la Constitución y los derechos de los menores.

He de destacar que, para la Corte, pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que discipline la adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implica caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente. Asimismo, para el Tribunal Constitucional mexicano, no se observa qué diferencia constitucional o jurídica habría entre excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual o excluirla por motivos de raza, por ejemplo, o de origen étnico, o religioso, o económico; por citar, simplemente, algunos casos.

Por las mismas razones que no necesita conocerse el efecto que puede tener en los niños vivir en familias indígenas o no indígenas, familias pobres o familias ricas, familias con padres que tienen una discapacidad o no la tienen; porque en cualquier caso estaría constitucionalmente vedado no considerarlas una familia protegida por

la Constitución o una familia, digamos, ‘amenazante’ –entre comillas– o ‘disfuncional’ –también entre comillas– para los niños. La Constitución hace que esa misma averiguación resulte verdaderamente innecesaria.

Según se afirma en la pluricitada resolución, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes sobre la base de que ofrezca las soluciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor, claramente establecidas en ley, y para que de esta forma la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida.

Se dice así, en este sentido, que el Estado no está obligado a garantizar la supuesta situación de carácter utópico, y no jurídicamente asible, que la demanda en este caso de acción de inconstitucionalidad se invoca, cuando se habla de la necesidad de dar al adoptado “los mejores padres posibles”. Si el Estado tuviera que garantizar este estándar de “los mejores padres posibles” el régimen de adopciones quedaría absolutamente inoperativo, por una parte, y, probablemente, también resultaría gravemente violatorio del párrafo tercero del artículo primero de la Constitución.

Incluso, según se asienta en el fallo relatado, en caso de que se considerara que ese estándar puede ser manejado dentro del contexto valorativo de nuestra Constitución, el mismo no permitiría excluir, por imperativo constitucional –como se pretende–, a toda una categoría de personas definida por una sola característica, como si fuera admisible constitucionalmente reducir a las personas a una sola de las características que tienen, que tenemos, todos como seres humanos.

De manera especial, el interés superior del menor exige que el Estado asegure que los niños se convertirán en adultos en contextos familiares que, *prima facie*, les garantizan cuidado, sustento y educación. Pero pensar que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen ese esquema implica caer un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, se afirma, se quieren proteger.

Según se ve también en esta resolución constitucional que se analiza, concluir que en estos casos la familia no satisface unas garantías de cuidado esperable de los niños que sea razonablemente alta, resulta insostenible dentro de la Constitución y particularmente contrario al Derecho fundamental, que tenemos todos los habitantes de este país, a no ser discriminados.

Es de ahí de donde se concluye que la Suprema Corte no puede suscribir de ningún modo que sea la preferencia o la orientación sexual de un ser humano el elemento utilizado o que sirva para que, *a priori*, se establezca que una persona o pareja de carácter homosexual puede tener la opción de adoptar un menor una vez que se han satisfecho, por supuesto, los requisitos y el procedimiento que al efecto establezca la legislación aplicable pues ello, sin duda alguna, se constituirá en una discriminación por orientación sexual que está expresamente proscrita por el artículo primero de nuestra Constitución, al basarse esta restricción o limitación exclusivamente en la preferencia sexual de una persona que, como ya señalamos anteriormente, en modo

alguno debe afectar u obstaculizar el ejercicio de sus derechos fundamentales. Pero que, además, llevado al aspecto que ahora nos ocupa, tampoco puede verse como un elemento o factor que por sí mismo pudiera afectar el desarrollo de un menor.

Por ello es que la posibilidad jurídica de que matrimonios de un mismo sexo puedan realizar una adopción no debe considerarse, como no sucede tampoco con los heterosexuales, como una autorización automática e indiscriminada para adoptar sino que, obviamente, tiene que sujetarse al sistema legalmente establecido para tal efecto, en cuanto tiene como finalidad el aseguramiento del interés superior del menor como derecho fundamental del adoptado.

A manera de conclusión, se puede afirmar que la resolución de la Suprema Corte Mexicana ha dado un paso importante en la consolidación de una forma constitucional y democrática de asumir el fenómeno jurídico no vista antes en la historia de nuestro sistema jurídico mexicano.

Hasta aquí mi intervención. Por su atención, muchas gracias.

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y CONVIVENCIA EN PAREJA

Dionisio Llamazares Fernández

Director de la Cátedra Fernando de los Rios
Laicidad y Libertades Públicas (Carlos III)

Resumen

Uno de los mayores actos de realización personal es aquel por el que la persona «dispone» de sí misma, entregando a otro su propio poder de decisión, sin que ello suponga una «enajenación» y una desrealización como «libertad», porque encuentra en el otro miembro de la pareja una respuesta similar. Por tanto, puede afirmarse que el derecho a convivir en pareja es *un derecho constitucionalmente protegido en cuanto contenido esencial de la dignidad de la persona misma y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad* (artículo 10.1 CE), aunque sean legítimas las diferencias de trato en la medida en que las uniones no sean realidades equivalentes.

■ **Palabras clave:**
Libertad de conciencia;
Convivencia en pareja; Dignidad personal; Igualdad

Abstract

■ **Keywords:** Freedom of conscience; Common life; Individual dignity; Equal rights

Individual right to live together it's an essential part of individual dignity and free development of personality. All kinds of relationships deserve to be treated equally, unless these relations don't be equivalent realities.

I. Introducción – II. Uniones de hecho – III. Transexualidad y matrimonio. Orientación sexual y transexualidad – IV. Matrimonio homosexual – V. Matrimonio civil y matrimonio religioso – VI. Matrimonio civil y ritos matrimoniales étnicos

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de conciencia implica el derecho a tener unas u otras creencias, unas u otras ideas, a silenciarlas o manifestarlas, tanto de palabra (libertad de expresión y libertad de enseñanza) como de obra, con conductas y actitudes, acomodando éstas a

las propias creencias o convicciones (derecho a la privacidad y objeciones de conciencia), y previamente a todo ello, entraña el derecho a la formación de la propia conciencia en libertad y para la libertad (derecho a la educación y a la información).

Al servicio de la libertad de conciencia y de la conciencia de la libertad están la laicidad y la tolerancia como principios constitucionales complementarios, dada la primacía de la libertad de conciencia entre los derechos fundamentales 1).

La libertad de conciencia cumple también la función de proteger la corresponsabilidad y participación política de los ciudadanos, contribuyendo a la formación de la conciencia colectiva y de la opinión pública, incluso a través del disenso, con un sentido de la justicia que se traducirá en la protección de las minorías 2). Así, en ocasiones, la libertad de conciencia y su ejercicio a través del disenso sustituye a la falta de cauces de participación democrática en la formación del concepto público de lo «justo» (desobediencia civil).

Es más, la razón de ser y la finalidad a la que, en última instancia, sirven las normas jurídicas y el Derecho es garantizar a todos un espacio lo más anchuroso posible para su *libre y pleno desarrollo como personas*, es decir, como radical libertad. El Derecho está al servicio de la libertad de conciencia de todas las personas en condiciones de igualdad. Como diría KANT, la limitación de ese ámbito de libertad y, por tanto, de la libertad de conciencia y de las normas de conciencia sólo tiene un fundamento: el respeto a esa misma libertad de los demás.

Por eso, en los ordenamientos democráticos el bloque mayor es el integrado, no por las normas *imperativas*, que imponen obligaciones o establecen prohibiciones, sino por las meramente *facultativas o permisivas que abren cauces para el ejercicio de los derechos en orden a la máxima realización personal posible*. Sería un contrasentido lo contrario ya que, en el supuesto extremo, conduciría al paradójico resultado de la negación misma de la libertad individual, porque el Derecho lo regularía todo como obligatorio o como prohibido, sin dejar ninguna zona a la libre decisión de la persona singular.

Es preciso preguntarse incluso si no existirá una zona de *decisiones personalísimas*, sustraídas a toda posible regulación jurídica no expresamente querida, bien por entrañar esa regulación una auténtica contradicción en sí misma (regulación jurídica del amor), bien porque la conciencia del sujeto percibe esas decisiones como esencialmente libres y, consecuentemente, su regulación jurídica es percibida como una agresión a su libertad y a su desarrollo en libertad como persona radicalmente libre, aunque la norma jurídica pueda coincidir con la de la propia conciencia.

La colisión entre norma de conciencia y norma jurídica se puede producir, según esto, por dos causas y adoptar dos formas diferentes:

1) Porque el ordenamiento jurídico tipifica como obligatorio lo que la conciencia considera prohibido o a la inversa, la norma jurídica tipifica como prohibido lo obligatorio en conciencia; se da, pues, una auténtica *contradicción* entre norma de

conciencia y norma jurídica. Ese es el único supuesto de auténtica objeción de conciencia.

2) Porque el ordenamiento jurídico de la comunidad impone innecesariamente obligaciones o prohibiciones de conductas que la conciencia considera personalísimas, de exclusiva competencia de cada persona, y sus consecuencias, en principio, no afectan negativamente a la libertad de los demás; lo que la propia conciencia considera libre el ordenamiento jurídico lo considera prohibido u obligatorio; se da *discordancia*, no contradicción, entre lo libre en conciencia y un imperativo jurídico.

Obligación del legislador es evitar y sortear esos supuestos de contradicción o discordancia entre norma jurídica y norma de conciencia al formular sus leyes, ofreciendo en caso contrario, fórmulas que las superen. No basta con eliminar las posibles contradicciones entre norma jurídica y norma de conciencia; es necesario cerrar el paso a toda posible invasión ilegítima del Derecho en la zona de la libertad íntima de la persona.

Pues bien, uno de los supuestos en los que, en el marco de la moral pública, han de abrirse caminos despejados de prohibiciones y mandatos para que la persona decida con plena libertad es justamente el de la vida o no en pareja.

Punto obligado de partida lo es el artículo 10.1 que, al decir del TC, es «fundamento lógico y ontológico» de todos los derechos fundamentales¹.

La persona se define como radical libertad². Ahí está su grandeza y el fundamento de su dignidad: la libertad y la conciencia, o si se prefiere, la conciencia de su libertad. La persona es «digna» y merecedora de respeto en la medida en que actúa con total libertad y de acuerdo con sus propias creencias. En la medida en que es libre y se sabe libre. Eso es lo que la convierte en responsable de sus decisiones: libertad conciencia y coherencia son las bases de esa dignidad.

Dos son las vías para la suprema realización de la persona. La una es un *continuum* constituido por la cadena de decisiones en libertad adoptadas a lo largo de la vida. La otra es una decisión puntual: la decisión formal de aceptación de la propia finitud, en el acto supremo de la propia muerte.

De la cadena de decisiones que enhebran cada vida individual y que conforman el desarrollo de la personalidad y, en definitiva, la propia identidad, hay algunas especialmente decisivas desde el punto de vista de la realización de la persona como tal: la de vivir en pareja es, sin duda, una de ellas, dada la *esencial constitución dialogal de la persona*. Es ésta una afirmación en la que coinciden fenomenólogos y sociólogos al describir la relación amorosa.

¹ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3.

² LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado...*, cit., pp. 259 y ss.

La persona humana es un ser-con-los otros y este ser-con-los-otros forma parte integrante de su identidad. La persona es un ser esencialmente dialogal. El libre desarrollo al que se refiere el art. 10.1 no se refiere únicamente a la realización de sus potencialidades como ser singular aislado, sino a las que tiene también como tal ser dialogal.

El marco de la vida en pareja es uno de los más privilegiados, no el único, claro está, para este desarrollo armónico e integral. En esa atmósfera es posible el desarrollo en plenitud de esas dos facetas que responden a las dos actitudes posibles de la persona hacia el otro miembro de la pareja. Sólo en ese ámbito es pensable la plenitud de *entrega* y *aceptación* mutuas, la generosa puesta de cada uno a disposición del otro, sin apropiación indebida y sin enajenación.

En efecto, como ha puesto de relieve VON HILDEBRAND³, en esa relación se dan dos movimientos esenciales que implican, en todo caso, una salida de uno mismo al encuentro con «el otro» o, al menos, con «lo otro»: lo que Santo Tomás denominó la *intentio unitiva* y la *intentio benevolentiae*. El primero está provocado por la atracción, en ocasiones fascinación, de «lo otro» o «del otro», que es percibido como algo que puede proporcionar «goce y disfrute» y la salida de uno mismo no tiene, en principio, otro objetivo que poseerlo, disfrutarlo y gozarlo; la *intentio unitiva* es así, en principio, egoísta. La *intentio benevolentiae*, en cambio, es justamente lo contrario: la salida es provocada por la fascinación o atracción de «lo otro», no como algo «disfrutable y gozable», sino como algo o alguien que merece toda la entrega de quien se siente fascinado y atraído: la *intentio benevolentiae* es generosa; la *intentio unitiva* persigue el bien propio, es posesiva; la *intentio benevolentiae* es donación y entrega, persigue el bien ajeno.

Los movimientos recíprocos de entrega y aceptación solo son concebibles en su máxima realización en el seno de la pareja. Ni la entrega ni la aceptación pueden repartirse sin que merme su intensidad.

Sólo cuando se combinan ambos movimientos y tendencias en los dos miembros de la pareja que se encuentran, sólo cuando son mutuos y recíprocos y si se dan simultáneamente en cada uno de los sujetos, se eliminan los riesgos de que la entrega y donación supongan enajenación, y se consigue que la posesión egoísta se transforme en apertura generosa a la aceptación de la entrega del otro. Sólo en este marco es pensable que *entrega-aceptación* sean *totales, incondicionales* y *sin reservas*; sólo entonces la entrega y la aceptación son excluyentes de cualquier otra a ese nivel de profundidad interpersonal; ni la entrega ni la aceptación, así entendidas, son comparables, porque lo que cada uno entrega al otro y lo que acepta del otro es su «mismidad»; lo que cada uno pone a disposición del otro y acepta de ese otro es parte de la capacidad misma de decidir en libertad, es parte de su propia libertad: no son «sus cosas», es parte de su «sí mismo» lo que entrega y acepta del otro. Como es evidente, esto sólo es pensable y posible en la relación de pareja. La relación multilateral excluiría esa profundidad de entrega y aceptación.

³ *Metaphysik der Gemeinschaft*, Regensburg, 1955, pp. 117-118 y 121-128.

Pues bien, no parece osado afirmar que, teóricamente al menos, ése es el marco más adecuado para la realización de la persona como tal. Me atrevería a afirmar más: sólo en ese marco es posible esa realización. Ese esquema dialogal se repite en los esquemas ascéticos y místicos en su pretensión de desarrollo personal hacia la perfección de quienes han renunciado a una vida en pareja por sublimación.

En efecto, el supremo acto de realización personal, si exceptuamos el de la aceptación de la propia muerte, es aquel por el que la persona «dispone» de sí misma y de su propia capacidad de decisión, entregando a otro su propio poder de decisión, sin que ello suponga una «enajenación» y una desrealización como «libertad», porque encuentra en el otro miembro de la pareja una respuesta similar. El «yo» y el «tú» han formado un «nosotros» que es el nuevo centro ideal de imputación de muchas de las decisiones futuras⁴.

Otra cosa es que los seres humanos estemos en condiciones de alcanzar tal ideal; más aun, de que nos sintamos con fuerzas para intentarlo, si somos realistas. De ahí la necesidad de que el Derecho deje abierta la posibilidad del modelo de convivencia en pareja que mejor se acomode a la percepción que tengan de su propia identidad sus miembros.

La convivencia en pareja es un instrumento valiosísimo desde el punto de vista tanto de la integración de la conciencia, de su formación y madurez, como de la identidad personal y, en definitiva, del libre desarrollo de la personalidad.

Como consecuencia de todo lo anterior, en conexión con el art. 16.1 que es su verdadero fundamento, puede afirmarse que el derecho a convivir en pareja es *un derecho constitucionalmente protegido en cuanto contenido esencial de la dignidad de la persona misma y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad* (artículo 10.1 CE), aunque sean legítimas las diferencias de trato con respecto a una determinada forma de unión, como es el matrimonio, ya que no son realidades equivalentes.

Es verdad que desde un punto de vista formal no se puede decir que estemos ante un derecho fundamental, a pesar de que el TS utilice alguna vez esta terminología⁵, a diferencia de lo que ocurre en los arts. 1 y 2 de la LFB en el que se configura un derecho protegido por el recurso de amparo⁶, pero no lo es menos que ese derecho es parte esencial integrante de la dignidad personal y del derecho al libre desarrollo de la propia identidad, aunque no goce de la protección directa del recurso de amparo. En todo caso es un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) y que deberá ser tenido en cuenta en el desarrollo normativo y en la

⁴ Ésta es una de las ideas centrales de MÜHLEN, H., *Una mystica persona*, 2te Aufl., München, 1968; y *Der heilige Geist als person der Trinita t bei der Inkarnation und Gnadenbund: Ich, Du, Wir*, 2te Aufl., Münster, 1967.

⁵ STS de 15 de julio de 1988, FJ 10, párr. 2.

⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Principio del libre desarrollo de la personalidad y *ius conubii*», en *Uniones de hecho (MARTINELL Y ARECES PIÑOL eds.)*, Universidad de Lleida, 1998, p. 479.

aplicación de los derechos y libertades del Título primero, no sólo explícitos (derecho al matrimonio), sino también de los implícitos por necesidad lógica (el derecho a vivir en pareja), ya que a ambos es aplicable el razonamiento del TC⁷ al considerar que esas decisiones se vinculan con las convicciones y creencias más íntimas de la persona y son, por tanto, realización y consecuencia inseparable del derecho fundamental consagrado en el art. 16 CE en relación con el art. 10.1, ambos de la CE.

Lo que sí es un derecho fundamental es el derecho a optar por una u otra forma de convivencia en pareja como marco para la mejor realización del libre y pleno desarrollo de la personalidad, así como la elección de tipo de compromiso de pareja, de acuerdo con la percepción de la capacidad de entrega-aceptación que tenga cada cual.

Lo que parece meridianamente claro es que, de acuerdo con nuestra Constitución lo primero es el derecho a vivir o no en pareja y sólo en segundo lugar, como una forma especialmente protegida, el de poder elegir hacerlo en matrimonio o no y, sólo en tercer lugar, el de poder elegir entre matrimonio religioso o civil, de manera que el llamado *ius nubendi* no incluye sólo dos contenidos, positivo uno (contraer matrimonio) y negativo otro (no contraerlo)⁸, sino a vivir en pareja distinta del matrimonio.

Ahora bien, que sea un *derecho* no quiere decir que sea un *deber*: la persona es radicalmente libre para optar vivir en pareja o no, o para elegir entre distintas formas de convivencia en pareja. La pregunta es si el Estado puede obligar a que esa vida en pareja adopte una forma determinada o no. De otra manera dicho, si esa decisión se encuadra en el círculo de los derechos personalísimos sustraídos a la invasión del derecho o no.

Nuestra Constitución ni ordena que los españoles vivan en pareja ni se lo prohíbe; no les obliga a adoptar un modelo determinado de convivencia (matrimonio), ni le prohíbe ése u otros modelos posibles. Todo lo cual, si lo conectamos con el art. 10. 1 CE conduce a una conclusión inequívoca: estamos ante una decisión radicalmente libre de la persona individual situada en la esfera de los *derechos personalísimos* sustraídos a la regulación del Derecho salvo para posibilitar y facilitar su realización. Esta libertad, como veremos más adelante, incluye la libertad para optar también entre una pareja heterosexual o una pareja homosexual. Todo depende de cuál sea la percepción que cada uno tiene de su identidad sexual que parte integrante de su identidad personal.

La Constitución se limita (art. 32) a formular como derecho constitucional la opción por uno de esos modelos, el matrimonio, seguramente por ser el más común y con mayor arraigo histórico y social, reservando a la ley su regulación básica de desarrollo, pero no excluye ningún otro, aunque en los demás casos no existe mandato constitucional expreso al legislador ordinario para que legisle y desarrolle legislativamente ese derecho.

⁷ STC 47/1993, FJ 3, párr. 2.

⁸ DE VERDA y BEAMONTE, J. R., en *Uniones de hecho*, cit., p. 483.

Ahora bien, la falta de este mandato constitucional expreso no quiere decir que no haya que considerarlo implícito en la medida en que ese desarrollo legislativo sea necesario para garantizar que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).

Justamente ése es el principio que marca también los límites de los poderes públicos y del ordenamiento al regular las posibles alternativas y al atribuir o negar unos u otros efectos jurídicos a las opciones individuales. No se trata sólo de alternativas permitidas y no penalizadas, sino de alternativas que responden a un derecho de libertad que los poderes públicos han de respetar, proteger y promover en condiciones de igualdad, excluida cualquier discriminación negativa con fundamento en la opción concreta elegida. Otra cosa implicaría una violación del derecho de libertad de conciencia y, en última instancia, un atentado a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo (art. 16.1 en relación con el 10.1 CE)⁹.

La primera opción implica la elección entre convivir o no en pareja. La segunda entre pareja heterosexual u homosexual. La tercera entre matrimonio y no matrimonio. La cuarta implica la opción entre distintos tipos de matrimonio, civil o religioso; con la posibilidad en este último caso (es un derecho para ambos fueros con prevalencia del primero sobre el segundo, caso de contradicción) de ensayar el modelo ideal de la indisolubilidad, tanto si es religioso como si es civil, pero cuyos deberes no pueden imponerse por el derecho secular sin invadir el terreno vedado de la conciencia. El derecho secular puede y debe abrir esas posibles vías, pero no puede garantizar, con su imperatividad, el cumplimiento de los respectivos compromisos interpersonales, sin invadir ilegítimamente el núcleo de la intimidad.

El modelo más generalizado y habitual es el de la pareja heterosexual, y es que factores de los dos movimientos señalados –*intentio unitiva* e *intentio benevolentiae*– son tanto la atracción *sexual* como la atracción *erótica* integradas en la relación de *ágape* y donde esto aparece con más nitidez en el marco cultural en que nos movemos es precisamente en las parejas heterosexuales.

Ahora bien, eso no excluye otras posibilidades. No excluye la convivencia *more uxorio* entre homosexuales, desde el momento que el ordenamiento ha optado por desvincular matrimonio y procreación¹⁰; la modificación¹¹ del art. 44 del CC ha abierto la posibilidad de matrimonios homosexuales. Lo que está claro es que la relación entre los miembros de la pareja puede incluir, en cualquiera de los tipos reseñados con sus propias modalidades, esos tres niveles del amor, de un lado y, de otro, no debemos olvidar que tanto el sexo como la orientación sexual forman parte integrante de la identidad personal y, por tanto, de la dignidad personal y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A partir de aquí, dos son las preguntas a las que se debe dar respuesta: 1ª) en cumplimiento del mandato constitucional implícito, si el poder legislativo regula

⁹ En ese mismo sentido se ha manifestado el TC en la S. 184/1990, aun cuando el resto de la misma sobre las uniones de hecho sea difícilmente armonizable, por no decir contradictoria, con este fundamento de la libertad de elección.

¹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., «Ponencia» en *Uniones de hecho...*, cit., p. 70.

¹¹ Ley 13/2005, de 1 de julio (BOE de 2 de julio).

jurídicamente las uniones de hecho, ¿qué derechos debe reconocerles?; 2ª) ¿por qué modelo de matrimonio debe inclinarse si quiere respetar escrupulosamente los principios constitucionales y, en especial, el derecho de libertad de conciencia?

Tres son las premisas que hace ya unos años consideraba como indudables PANTALEÓN¹², y que yo suscribía : 1ª) constitucionalidad del trato diferenciado entre matrimonio y convivencia extramatrimonial con discriminación positiva de la primera¹³ que no implica discriminación negativa de la segunda; 2ª) inconstitucionalidad de la consideración de la convivencia *more uxorio*, heterosexual u homosexual, como ilícita; y 3ª) esa convivencia extramatrimonial no puede ser tratada peor que la no convivencia en pareja, ya que, añadimos nosotros, ello implicaría su discriminación negativa, que la haría inconstitucional; 4ª) tampoco es inconstitucional tratar igual, equiparar el tratamiento de las uniones de hecho al matrimonio, lo único que sería inconstitucional sería tratarlas mejor¹⁴.

Hoy me parece que la Constitución, habida cuenta de otros textos internacionales como la carta de Derechos Fundamentales¹⁵, incluida en el Tratado de la Unión, me obliga a dar un paso más. Me parece más que dudoso seguir manteniendo la constitucionalidad del trato *privilegiado* o de *discriminación positiva*, del matrimonio frente a otras posibles formas de unión estable en pareja, porque, por más vueltas que le demos, tal discriminación se traducirá inevitablemente en discriminación de los miembros de la pareja, por razón de convicciones o de orientación sexual, de inconstitucionalidad evidente. Otra cosa es el trato *diferenciado* de unas y otras formas de convivencia en pareja, siempre que no entrañen ni privilegio ni discriminación en cuanto a los derechos y deberes de sus miembros.

II. UNIONES DE HECHO

Entendemos aquí por uniones, parejas o matrimonios de hecho, o uniones *more uxorio*, la convivencia en pareja, de carácter estable, de dos personas, del mismo o distinto sexo, sobre la base de una afectividad, incluida la sexual, similar a la del matrimonio. La regulación jurídica de este tipo de parejas se inicia en los países del Norte de Europa acogiendo a aquellos supuestos en los que la pareja no puede contraer matrimonio, especialmente en el caso de parejas homosexuales; pero luego se abriría también esta posibilidad a quienes no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio, pero que voluntariamente renuncian a esa formalización de su convivencia¹⁶.

¹² «Ponencia» en *Uniones de hecho...*, cit., pp. 73-74.

¹³ En ese sentido STC 66/1994.

¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «Ponencia», en *Uniones de hecho...*, cit., p. 74.

¹⁵ Su art. 9, al consagrar el derecho no al matrimonio sino a fundar una familia, silencia la referencia diferenciada a hombre y mujer, dejando abierta a la titularidad de ese derecho por una pareja homosexual.

¹⁶ ALONSO PÉREZ, I., *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión europea. Análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 41 y ss.

La pareja de hecho puede ser consecuencia de una decisión voluntaria de los miembros de la pareja o no.

Esto segundo es lo que ocurre cuando se trata de personas que, de acuerdo con el derecho vigente no pueden contraer matrimonio, bien por falta de capacidad o bien por estar afectados por un impedimento indispensable (persistencia de un vínculo matrimonial anterior o Ser ambos miembros de la pareja del mismo sexo).

Pero puede ser también consecuencia de una decisión voluntaria. En este caso estamos ante el ejercicio del derecho de libertad de conciencia. Si se excluye el matrimonio es porque en el fondo, más o menos oscuramente, no se quiere que las relaciones interpersonales entre los miembros de la pareja estén sometidas al moldeamiento de la norma jurídica. Se sospecha que actitud de amor y actitud obligada por el Derecho son de imposible armonización y se presiente que el Derecho es la muerte del amor. No es un capricho nacido de la frivolidad. Es una decisión legítima en ejercicio del derecho fundamental de libertad de conciencia que todos deben respetar y los poderes públicos defender.

Eso es lo único que, en principio hay que presumir que excluyen los miembros de la pareja, salvo que manifiesten otra cosa: la juridificación de las relaciones interpersonales. Nada más. Lo frívolo es llevar más allá la presunción, como ha hecho el Tribunal Supremo. Me parece una presunción no suficientemente fundada. Lo más probable, base de la presunción, es lo contrario.

La opción por la convivencia *more uxorio* en una pareja de hecho no implica que se excluya cualquier tipo de protección jurídica, ni de la pareja en cuanto tal, ni de los miembros de la pareja en su condición de tales. Lo único que con seguridad se excluye de la regulación jurídica son las relaciones interpersonales entre los miembros de la pareja. No existe base para interpretar la voluntad de la pareja más allá, salvo que expresamente lo manifiesten. No se excluyen de tal regulación ni las relaciones con los hijos, ni las relaciones con el Estado o con terceros particulares.

No falta quien entiende que la dotación de un estatuto jurídico propio a las *uniones de hecho* estaría en contradicción con la voluntad de los miembros de la pareja¹⁷ y que su regulación por vía legislativa sería inconstitucional¹⁸, pero no es ésta la posición doctrinal dominante¹⁹, ni parece haberlo entendido así el propio poder

¹⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Nota sobre la problemática jurídica de las personas no casadas», en *Homenaje a Beltrán de Heredia*, Madrid, 1984.

¹⁸ FOSAR BENLLOCH, «La Constitución española de 1978 y la unión libre», en *RJC*, núm. 4, 1982, p. 925; CANTERO NÚÑEZ, F., «Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1995, pp. 219-224. Un resumen de las razones en pro de su no regulación por el Derecho en MARTÍNEZ TAPIA, R., «Las parejas de hecho ante el pensamiento jurídico: Reflexiones en torno a algunos problemas teóricos», en AAVV, *Parejas de hecho. Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería*, Granada, 1996, pp. 238-240. Sobre las razones en contra, *ibídem*, pp. 240 y ss.

¹⁹ Cfr. CLAVERÍA GONZÁLEZ, H., «Hacia una nueva concepción del matrimonio», en *La Ley*, 1, 1983, pp. 1289 y ss., ya se manifestaba en este sentido.

legislativo que ha tenido pendientes de discusión parlamentaria varias proposiciones de ley con este contenido²⁰, siguiendo la orientación de las instituciones europeas, en especial de su Parlamento, incluso respecto a la aplicación de esas normas también a las parejas homosexuales.

Es especialmente vigorosa la argumentación de PANTALEÓN para quien esa hipotética legislación «sería una intolerable intromisión en la autonomía de la voluntad y en el libre desarrollo de la personalidad» que «estaría impidiendo la libre opción, que entra en el campo del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad de la persona humana, de organizar la convivencia en pareja al margen del ordenamiento en aquello que sólo afecta a la decisión de las personas adultas que deciden convivir; decisión que debe ser exquisitamente respetada por el legislador»²¹.

El argumento es irreprochable por lógico, pero susceptible de matización. También la seguridad jurídica es un valor constitucional (art. 9.3 CE) y es obligación de los poderes públicos velar por que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). Podría ser inconstitucional imponer un determinado modelo de convivencia *more uxorio*, pero no el ofertar un modelo posible, en todo caso de libre elección, con posibilidad de las modificaciones que la pareja estimara conveniente, y que funcionara como subsidiario para el caso de inexistencia de modelo convenido, siempre que fuera necesario para salvaguardar derechos de alguno de los convivientes, de los hijos o de terceros.

El art. 39 consagra la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Es obvio que la protección jurídica incluye la regulación jurídica, de un lado. De otro, según el TC, en este concepto de familia hay que considerar incluidas a las parejas de hecho.

No existe mandato constitucional explícito. Es verdad. Pero se deduce ese mandato de la obligación que el legislador impone a los poderes públicos, también al legislativo, de proteger jurídicamente a la familia.

Hasta el momento el parlamento del Estado ha sido incapaz de aprobar una ley sobre las uniones de hecho. Se han presentado en varias legislaturas varias proposiciones de ley que no han llegado nunca al pleno del Congreso.

Están ya en vigor, en cambio, varias leyes aprobadas por los parlamentos autónomos, muy diferentes dadas las diferencias del ámbito de competencias de las diversas comunidades autónomas. Puede decirse que hay algo en lo que coinciden: la tendencia a la equiparación por analogía con el matrimonio²².

Y esa es también la orientación mayoritaria, no sin dudas y vacilaciones, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

²⁰ Han presentado proposiciones de ley con este contenido IU, PSOE, UC y el propio PP.

²¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «Ponencia», en *Uniones de hecho...*, cit., p. 74.

²² Sobre las leyes autonómicas, con sinopsis de las mismas, ALONSO PÉREZ, I., *El reconocimiento de las Uniones no matrimoniales*, cit., pp. 79 y ss.

III. TRANSEXUALIDAD Y MATRIMONIO. ORIENTACIÓN SEXUAL Y TRANSEXUALIDAD

La sexualidad y la orientación sexual forman parte integrante de las señas de identidad de la persona²³. Pertenecen a sus vivencias más íntimas, por lo que parecen terreno ajeno al Derecho, que deberá limitarse a proteger la libertad correspondiente, siempre que no choque con los derechos y libertades de los demás, ni con ningún otro elemento del orden público. «El derecho a la identidad sexual como expresión del más amplio derecho a la identidad personal, debe, pues, engrosar la lista de derechos de la personalidad, en estrecha conexión con otros derechos de la misma naturaleza, como son el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la tutela de la salud, el respeto a su intimidad y a la protección de su integridad física y moral»²⁴.

En esa línea, el art. 14 CE excluye todo tipo de discriminación por razón de sexo, y el CP protege la condición sexual y la orientación sexual contra cualquier tipo de discriminación, tipificando como delito la provocación a la discriminación, al odio o la violencia contra grupos o asociaciones por razón de su sexo u orientación sexual (art. 510.1), así como la difusión de informaciones injuriosas sobre ellas (art. 510.2), y la denegación de un derecho a alguien por esa misma razón, tanto si quien lo deniega es un particular encargado de un servicio público, como un funcionario, con agravación de la pena en este último caso, tanto si la denegación se hace a algún individuo como si se hace a una fundación, asociación, sociedad o corporación o sus miembros en razón de su pertenencia a ellas (art. 511). Incluso se tipifica como delictiva ese tipo de conducta cuando en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a alguien una prestación por las mismas razones (art. 512).

Especial atención merecen los supuestos de transexualidad.

En sentido propio se habla de *transexualidad* cuando concurren simultáneamente estas dos circunstancias:

- 1ª) Se trata de personas en las que se da una total disociación entre su apariencia sexual externa (órganos sexuales) y su vivencia interna y la percepción de la propia identidad como del sexo contrario: total discordancia, contradicción incluso, entre ambos.
- 2ª) La vivencia personal de esa discordancia es tan fuerte e intensa que no sólo no se acepta la propia apariencia sexual externa, sino que se siente en forma irresistible como algo intolerable, hasta el punto de que esa vivencia se traduce en ocasiones

²³ LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, 1998, pp. 97-194; LARICCIA, S., *Coscienza e liberta`...`, cit.*, 306; BARILE, P., *Diritti dell'uomo e liberta` fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 27.

²⁴ LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática jurídica...`, cit.*, p. 111.

en un impulso no menos irresistible hacia la automutilación para eliminar esa apariencia, llegando incluso al suicidio²⁵.

Tres son las preguntas que hay que plantearse respecto al sometimiento de estas personas a las operaciones quirúrgicas destinadas a hacer desaparecer la apariencia externa sexual, armonizándola con la percepción interna de su identidad sexual: 1ª) si es penalmente punible tanto el sometimiento a esas operaciones como la realización de las mismas por personal médico; 2ª) si realizada esa operación es legalmente posible la inscripción en el Registro civil; 3ª) cuál es su situación jurídica posterior respecto de la posibilidad de contraer matrimonio.

En cuanto a la primera cuestión, el art. 156 CP, que reproduce el art. 428 del anterior CP, considera exceptuado del tipo del delito de lesiones y de toda responsabilidad penal la cirugía transexual cuando ha mediado «consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido» por el sujeto paciente, «salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales».

«En el conflicto de identidad sexual (de sus impulsos, de sus emociones) que vive la persona que desea cambiar de sexo debe prevalecer el sentimiento que la misma tiene de pertenecer a otro distinto del atribuido por sus genitales. La persona ejercita la libre decisión de estar en el sexo que quiere y el Derecho debe proteger esta elección atribuyéndole efectos jurídicos»²⁶.

Por su parte, el TS ha dado reiteradamente respuesta a las otras dos preguntas: afirmativa a la segunda y negativa a la tercera, siguiendo criterios acordes con la jurisprudencia del TEDH²⁷.

La cuestión que aquí hay que plantearse es si quienes padecen tal situación *tienen derecho* a cambiar esa apariencia externa y con qué consecuencias jurídicas, tanto respecto a sí mismos como respecto de terceros.

Mediante una operación quirúrgica es posible cambiar esa apariencia externa; naturalmente esa operación puede ser tipificada como una mutilación susceptible teóricamente de penalización para quien la realiza por aplicación de la regla general del artículo 418 CP.

La reforma del CP de 1983 despenalizó los supuestos de «cirugía transexual realizada por facultativos cuando mediase consentimiento del lesionado» (artículo 428 CP).

²⁵ La STS de 19 de abril de 1991 habla de «irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital», FJ 3.A; cfr. también STS de 15 de julio de 1988, FJ 7.

²⁶ LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática jurídica...*, cit., p. 115.

²⁷ LÓPEZ-GALIACHO, J., *ibidem*, pp. 126-141 y 334-339.

Alineándose con la orientación progresista de los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno europeo, el Tribunal Supremo, dio un importante paso adelante al reconocer a los transexuales el derecho a cambiar de sexo y a que ese cambio figurara en el Registro Civil. Ahondando en la línea anteriormente abierta por él mismo según la cual en el cambio de sexo se da una auténtica ficción jurídica²⁸, a la que añade más adelante con base en el art. 10.1 CE que el cambio de sexo es expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁹, considera obligatoria para el oficial del registro la inscripción del cambio de sexo que, a diferencia de lo que acontece en el caso de los hermafroditas en que la inscripción es consecuencia de la eliminación de la ambigüedad e indefinición sexual, no tiene efectos retroactivos (*ex tunc*), sino sólo a partir de ese momento (*ex nunc*); no es declarativa, sino constitutiva³⁰.

Desde el punto de vista procedimental, la DGRN para la inscripción registral exigía tanto que se hubiera practicado la operación quirúrgica de cambio de sexo aparente, como que se hubiera pronunciado sentencia, que se configuraban así como requisitos previos³¹ a esa inscripción que, en todo caso, debe ser irreversible³².

La Ley vigente³³ ha venido a modificar estas exigencias. No es necesaria ni la sentencia y la operación quirúrgica. Los requisitos exigibles son otros: informe de médico o psicólogo clínico que diagnostique la disonancia entere sexo morfológico y sexo psicosocial, así como ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir en la existencia de la disonancia (art. 4).

Lo más destacable de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo³⁴ es la argumentación que teje para justificar su decisión; y es que toma como base y punto de partida el artículo 10.1 CE, intentando encontrar en él una respuesta adecuada a un problema nuevo por su forma de manifestación, por su dimensión social y por el nuevo cariz derivado de las posibilidades de las modernas técnicas quirúrgicas. Evidentemente se esconde ahí una *no confesada configuración del derecho de los transexuales a cambiar de sexo como un derecho fundamental*. El problema es el de hasta dónde se extiende el contenido de ese derecho. ¿Todo se queda en el derecho a poder exigir la inscripción y a poder utilizar un nuevo nombre? El Tribunal Supremo niega que pueda tener otros efectos, como el de atribuir al transexual el derecho a contraer matrimonio³⁵.

²⁸ STS de 2 de julio de 1987, FJ 3.1.

²⁹ STS de 15 de julio de 1988, FFJJ 10 y 13; STS de 3 de marzo de 1989, FJ 3.

³⁰ STS de 19 de abril de 1991, FJ 3; cfr. LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática...*, cit., pp. 282 y ss.

³¹ Resolución de 11 de mayo de 1995, FJ 2.

³² LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática...*, cit., pp. 285-287.

³³ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE 16 de marzo).

³⁴ SSTS de 2 de julio de 1987, FJ 10, párr. 2 letra d) y FJ 13, letra d) y de 3 de marzo de 1989, FJ 3 *in initio*.

³⁵ Sobre el derecho del transexual a contraer matrimonio vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M. C. y PARDO PRIETO, P., «Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel?», *Derecho de familia y libertad de*

Pudiera parecer razonable afirmar que el derecho a cambiar de sexo una vez ejercitado *no habilita para el matrimonio*, como parecía pensar el TS en la referida sentencia de 1987 y en sentencias posteriores así lo manifiesta expresamente³⁶. Una cosa es que la operación quirúrgica haya eliminado una determinada apariencia sexual y otra bien distinta que esa persona haya dejado de pertenecer a ese sexo, cualesquiera que sean sus vivencias íntimas. De ser esto cierto, el artículo 32 de la Constitución Española es terminante: el matrimonio se configura como una unión heterosexual. Otra cosa bien distinta sería que, por analogía, en función de la realización integral de la persona, se puedan equiparar las uniones de hecho en que una de las partes es un transexual a otras uniones heterosexuales desde el punto de vista de su tratamiento jurídico.

Antes de someterse a la operación quirúrgica de cambio de sexo podían contraer matrimonio con las que tenían un sexo distinto al suyo aparente, puesto que la impotencia no es considerada como impedimento civil. ¿Pierden este derecho en virtud de la operación quirúrgica, que según el TS no cambia su verdadero sexo, o lo conservan?

De ser afirmativa la respuesta nos encontraríamos con que tienen derecho al matrimonio con personas, desde el punto de vista de su apariencia sexual externa y desde el punto de vista de su identidad registral, del mismo sexo. No genera menor perplejidad la respuesta negativa ¿por qué pierden ese derecho si no ha habido un cambio real de sexo?

De iure condendo la única respuesta jurídicamente congruente era que se les reconociera el derecho a contraer matrimonio con personas con sexo distinto del nuevo suyo registral. Una vez «rectificado su sexo registral», debe gozar «de todos los derechos inherentes a su nueva condición»³⁷, tanto en el Derecho de familia como en el sucesorio, etc.³⁸. Es más, así debería establecerse por ley, no dejando la solución de los casos concretos en manos de los jueces³⁹ y así se ha hecho en la Ley sobre modificación de la referencia al sexo en el registro.

La DGRN se había decantado abiertamente por esa la solución reconociendo a los transexuales operados el derecho a contraer matrimonio porque, aunque el legislador español no ha resuelto este problema, en las sentencias del TS sus consideraciones sobre la hipotética nulidad del matrimonio contraído por los homosexuales por falta de consentimiento matrimonial, no son «la *ratio decidendi*» de las mismas y, por tanto, no crean jurisprudencia⁴⁰.

conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2001, pp. 563-583.

³⁶ STS de 15 de julio de 1988, FFJJ 10, párr. 2 y 13, párr. 13, d); STS de 3 de marzo de 1989, FJ 2; STS de 2 de octubre de 1991.

³⁷ LÓPEZ-GALIACHO, J., *La problemática jurídica...*, cit., p. 368.

³⁸ LÓPEZ-GALIACHO, J., *ibidem*, pp. 297 y ss.

³⁹ LÓPEZ-GALIACHO, J., *ibidem*, pp. 364 y ss.

⁴⁰ Res. de 8 de enero de 2001, FJ 4.

La negativa del TS a reconocer el derecho al matrimonio a los transexuales que han inscrito en el Registro su cambio de sexo sobre la base de que no ha habido un cambio del sexo biológico sino sólo del morfológico, es más que cuestionable. En efecto, parece perfectamente razonable «afirmar *a priori* que la noción legal de sexo se determina exclusivamente por criterios morfológicos sin entrar en mayores análisis biológicos o de cromosomas», si tenemos en cuenta que la inscripción original, practicada con ocasión del nacimiento, en la que se determina el sexo (art. 41 LRC) se hace sobre la base de la declaración de quien tenga conocimiento cierto del hecho (art. 42 LRC y art. 328 CC) que no puede contar más que con una apreciación morfológica, sobre la base de los conocimientos comunes que permiten diferenciar a los sexos⁴¹.

En dos recientes sentencias el Tribunal Europeo de Derechos humanos⁴², en un giro de ciento ochenta grados con respecto a decisiones anteriores, por unanimidad ha reconocido la equiparación plena de los transexuales con quienes tienen el sexo que ellos han adquirido mediante la operación quirúrgica y que esa equiparación incluye su derecho a celebrar matrimonio con personas de distinto sexo legal.

El Tribunal es consciente de su cambio y lo justifica en atención a los cambios médicos, sociológicos y de Derecho comparado por la orientación convergente de los ordenamientos de Europa en el reconocimiento de esta igualdad de derechos a los heterosexuales. Apoya fundamentalmente su decisión en el art. 8 de la Convención: en el derecho al libre desarrollo de la propia personalidad y en el derecho a la integridad física y moral y a la elección de la identidad sexual⁴³.

Como hemos dicho, la nueva ley no exige para la inscripción ni la previa operación quirúrgica de cambio de sexo morfológico ni una sentencia firme que lo avale. De otra parte, al hacer posible los matrimonios entre personas del mismo sexo desaparece cualquier obstáculo para el matrimonio de transexuales con personas de idéntico sexo morfológico pero diferente sexo psicosocial y registral.

IV. MATRIMONIO HOMOSEXUAL

La Ley 13/2005 modifica el art. 44 del CC dejando la puerta abierta a los matrimonios entre personas homosexuales, sumándose así España a los países cuyos ordenamientos admitían ya esta posibilidad: Bélgica, Holanda, Canadá, España, Sudáfrica y el Estado de Massachusetts en EE.UU.; a los que recientemente se ha unido Portugal.

⁴¹ TOLDRÁ I ROCA, M. D., «La unión de las personas transexualizadas: límite jurisprudencial al *ius nubendi*», en *Uniones de hecho. XI Jornades jurídiques*, eds. Martinell-Areces, Lleida, 1998, p. 451.

⁴² I. C Reino Unido, de 11 de julio de 2002 (Hudoc, REF 00003797), y *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (Hudoc Ref 00003798).

⁴³ En ambas sentencias ver FJ I.

La discusión no siempre serena se centró y sigue planteada en torno a la constitucionalidad de la reforma. De hecho sus detractores tienen planteado un recurso de inconstitucionalidad ante el TC.

Dos son los puntos de apoyo del recurso: la interpretación correcta del art. 32 deja completamente cerrada tal posibilidad y la admisión del matrimonio homosexual entraña la desnaturalización de matrimonio como garantía institucional.

1. Criterios de interpretación del art. 32.1 CE

Si algo es evidente, es que las expresiones literales del art. 32.1 no son todo lo claras y terminantes que hubiera sido de desear. Lo que dice es que «el hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», expresión en la que están claras dos cosas: que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y que tienen derecho a contraerlo con plena igualdad jurídica. Lo que no se añade es «entre sí», porque la plena igualdad jurídica no es aplicable únicamente al caso de que sea matrimonio heterosexual, también es aplicable al derecho mismo de contraer: es decir que el hombre y la mujer tienen un derecho igual a contraer matrimonio o lo que es lo mismo que el sexo no justifica desigualdad alguna en el ejercicio de ese derecho. Desde luego ésa es una interpretación posible y tan plausible, si nos atenemos al criterio de la interpretación literal, como la mantenida en el recurso de inconstitucionalidad del PP, que entiende que se refiere, no a la igualdad en la titularidad y ejercicio del derecho al matrimonio, sino en la igualdad dentro del matrimonio heterosexual.

Es perfectamente razonable pensar que el legislador constituyente estuviera pensando en el matrimonio heterosexual y que ni siquiera se le hubiera pasado por la cabeza pensar en el matrimonio homosexual, aunque algún parlamentario aludió a él en los correspondientes debates, pero la literalidad de las expresiones utilizadas no descarta en términos absolutos la posibilidad de su aplicación también a matrimonios homosexuales.

Puesto que se trata de una duda objetiva, fundada en la falta de univocidad de la expresión literal constitucional, habrá que recurrir al resto de las reglas de interpretación del art. 3.1 del CC.

Ahora bien, es preciso tener muy claro que lo que se busca es la voluntad de la ley no la voluntad del legislador a diferencia de lo que ocurren el Derecho canónico⁴⁴ como consecuencia de que «la atribución del poder legislativo, al igual que de los demás poderes jurisdiccionales» en Derecho canónico tiene lugar «de una forma unitaria, a través del sacramento del orden episcopal a unas personas singulares en cuanto tales»⁴⁵. En el Derecho secular la *voluntas legislatoris* no es más que uno de

⁴⁴ MÖRSDORF, K., *Kirchenrecht, I Band, Enleitung, Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Ferdinand Schoeningh, München-Paderborn-Wien, 1964, pp. 107 y ss.

⁴⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la Libertad de Conciencia*, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 315.

los criterios a utilizar para descubrir la verdadera *voluntas legis*, que pierde fuerza hermenéutica en la medida en que se aleja del momento de nacimiento de la ley.

El primero de los criterios interpretativos enumerados en el art. 3.1 CC, como hemos dicho, no resuelve el problema, porque lo que no está claro es precisamente eso, «el sentido propio de las palabras» en el texto.

Es evidente que históricamente por matrimonio siempre se ha entendido en el Derecho español el matrimonio entre un hombre y una mujer; de manera que si atendemos únicamente a este criterio la duda quedaría, sin más, resuelta.

Lo que no queda resuelto es el tema de los antecedentes del concepto mismo de matrimonio. Su rastreo exige ir más atrás: al matrimonio romano, al canónico y a la tendencia evolutiva del matrimonio civil. Y como apuntamos más arriba, el concepto de matrimonio consagrado en nuestra Constitución, resultado de esa evolución histórica, tiene mucho que ver con la respuesta que pueda darse a la pregunta de si la Constitución deja abierta o no la posibilidad de la evolución del concepto de matrimonio en esta dirección.

No es menos verdad, además, que el sentido propio de las palabras en el contexto o interpretación sistemática, apunta también al mismo resultado.

Sólo aludiré a dos datos que nos ofrece la propia Constitución.

El art. 39, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, al equiparar todo tipo de familias, también las no nacidas del matrimonio (matrimonios de hecho)⁴⁶, e incluso las constituidas por parejas de homosexuales⁴⁷, parece apuntar hacia una respuesta positiva. Todavía es más significativa la afirmación del TC de «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal y como prevé nuestro código civil»⁴⁸, ya que, como señala agudamente MURILLO MUÑOZ, la frase está suponiendo que es competencia del legislador ordinario optar por ese principio como exclusivo o no⁴⁹. Nada se opone, desde el punto de vista de la Constitución, a la modificación de esa opción legal.

⁴⁶ STC 47/1993, FJ 3, párr. 2, in fine: «La Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio, aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1998), sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente, mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja»; se reitera el criterio de la STC 222/1992, FJ 5, párr. 1.

⁴⁷ STC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2, párr. 6: «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo».

⁴⁸ ATC 222/1994, FJ 2, párr. 6.

⁴⁹ *Matrimonio y convivencia en pareja...*, cit., p. 419.

Como veremos detenidamente más adelante, la conexión constitucional entre libertad de conciencia, identidad personal e identidad y orientación sexual inclinan claramente la balanza en ese mismo sentido⁵⁰.

A diferencia de lo que acontece en Derecho canónico, donde los criterios de interpretación se han de aplicar en un orden determinado, no debiendo pasar al siguiente si con los anteriores o con alguno anterior se ha resuelto el problema⁵¹, en Derecho civil no existe tal orden jerarquizado y, consecuentemente habrá que seguir aplicando los criterios aludidos a continuación en el código civil: *realidad social del tiempo al que las normas han de ser aplicadas* «atendiendo fundamentalmente» a su «*espíritu y finalidad*» (art. 3.1 CC).

Es la aplicación de la combinación de estas dos últimas reglas la que da un verdadero vuelco a la interpretación a la que nos conducen inequívocamente los antecedentes históricos y legislativos. Se trata de las reglas interpretativas decisivas, incluso, cuando las otras técnicas interpretativas aplicadas aportan datos en uno u otro sentido: lo decisivo es el fin y el espíritu de la ley en relación con la realidad social a la que se aplican, o lo que es lo mismo con los problemas reales que la norma pretende resolver.

Basta tener en cuenta el grado de transformación y de secularización⁵² experimentada por la sociedad española desde el momento en que se elaboró la Constitución hasta el momento actual.

Alguien ha dicho que nunca una Constitución diciendo literalmente lo mismo significa lo mismo; la razón está justamente en el cambio social; ni son las mismas las preguntas que la realidad social le dirige a la ley, ni son los mismos los problemas que exigen respuesta teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la ley, ni por tanto son las mismas las respuestas posibles.

Como apunta MURILLO MUÑOZ⁵³, esta idea no está ausente del informe del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Ley que introduce la posibilidad de la admisión del matrimonio homosexual al fundamentar su rechazo actual en el riesgo

⁵⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado...*, cit., pp. 353 y ss.

⁵¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho eclesiástico del Estado*, cit., pp. 320-321; Se distingue en el Derecho canónico entre una regla fundamental «sentido de las palabras en el texto y en el contexto» y reglas auxiliares y dentro de ellas, las de carácter general y las de carácter especial y esa distinción es la que marca el orden en que han de aplicarse; ver MÖRDORF, K., *Kirchenrecht, I*, cit., pp. 108-111.

⁵² PÉREZ-AGOTE, A. y SANTIAGO GARCÍA, J. A., *La situación de la religión en España a principios del siglo XXI*, CIS, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005; COMAS ARNAU, D., «El proceso de secularización en la España democrática», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 4, 2004; del mismo, «Pluralismo moral y religioso en la España actual», en *Libertad de conciencia y Laicidad en las Instituciones y Servicios Públicos*, Cátedra de «laicidad y Libertades Públicas» de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2005; DÍAZ-SALAZAR, R. y GINER, S., *Religión y sociedad en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1993.

⁵³ *Matrimonio y convivencia en pareja...*, cit., pp. 404-405.

de que haga irreconocible la institución matrimonial, de acuerdo con la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar, al decir del TC⁵⁴.

El concepto de garantía institucional, por el que en esta sentencia opta el TC, erosiona hasta pulverizarla la base del argumento que pretende oponer frente a ella justamente el carácter de garantía institucional con el que viene privilegiado por la Constitución el matrimonio, como hacen el recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP contra la Ley 13/2005 y el Consejo del Poder judicial en el Estudio elaborado *motu proprio* sobre el proyecto de ley.

Porque la garantía institucional tal como la entiende el Tribunal Constitucional se refiere únicamente a la imagen que de la institución que conserva los elementos esenciales y nucleares que hacen reconocible la institución, pero bien entendido que esa imagen responde a una determinada conciencia de una sociedad concreta en un momento determinado.

2. Transexualidad y matrimonio civil

Sorprendentemente en las discusiones en torno al tema, previas a la aprobación de la L. 13/2005 no se hacía referencia ni por unos ni por otros al tema, cuando menos colindante, del matrimonio de los transexuales. Tan sólo después, se hace alusión a él en el recurso de inconstitucionalidad contra la ley presentado por el PP, que parece haber apreciado la posibilidad de que la similitud pueda esgrimirse como argumento para defender la identidad de trato jurídico entre ambos supuestos.

⁵⁴ STC 32/1981 de 28 de julio, FJ 3: «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, *en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario*, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. *Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.* Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, *la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace*».

Efectivamente a primera vista parece que aunque haya cierta semejanza, desde luego no se da igualdad. Pero sólo a primera vista. Veámoslo.

La transexualidad⁵⁵ entraña una contradicción entre la apariencia sexual externa y la vivencia interna que esa persona tiene de su identidad sexual: es hombre y se siente mujer o a la inversa. La tensión producida por esa disociación ha conducido en no pocos casos a la mutilación o incluso al suicidio.

Pues bien, nuestro Derecho ha ido modificando su respuesta a los problemas planteados por los transexuales:

- 1º) En un primer momento la operación quirúrgica destinada a cambiar la apariencia de una determinada sexualidad externa para hacerla acorde con la vivencia interna era tipificada como un delito de mutilación en el CP, responsabilizando de él tanto al transexual operado como al personal sanitario que hubiera intervenido en la operación.
- 2º) Ésa sería la primera modificación de actitud del derecho ante la transexualidad: excluir de su tipificación como delito la operación quirúrgica destinada a armonizar apariencia externa y vivencias internas de la propia sexualidad.
- 3º) La reclamación siguiente de los transexuales fue que se reconociera civilmente su cambio de sexo, haciéndole constar en el Registro civil.

En nuestro país el problema lo resolvió no la Ley sino la jurisprudencia. Aunque no sin dificultades y con zigzagueos, el Tribunal Supremo terminó aceptando esa pretensión⁵⁶, que la DGRN hace suya siempre que se hubieran cumplido dos condiciones previas: la operación quirúrgica y sentencia firme aceptando el cambio de sexo⁵⁷.

Lo más importante en la decisión del TS es que toma como base de su argumentación el art. 10.1 CE entendiendo que el cambio de sexo es expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que implícitamente equivale a una configuración del derecho al cambio de sexo como contenido de un derecho fundamental.

⁵⁵ Sobre el tema LÓPEZ GALIACHO, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, 1998; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «Uniones homosexuales y concepto y concepto constitucional de matrimonio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril, 2001; LLAMAZARES CALZADILLA, M. C. y PARDO PRIETO, P., «Transexualidad y derecho a contraer matrimonio en España hoy: ¿una luz al final del túnel», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado* (Ed. CASTRO JOVER, A.), San Sebastián, 2001; TORRES GUTIÉRREZ, A., «Tribunal europeo de derechos humanos: sentencias Christine Godwin v. Reino Unido e I. Reino Unido», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 3, 2003, pp. 704 y ss.

⁵⁶ SSTS de 15 de julio de 1988, FJ 10, d) y FJ 13, d); de 15; de 3 de marzo de 1989, FJ 3 *in initio*.

⁵⁷ Resolución de 11 de mayo de 1995, FJ 2.

4º) Inconsecuentemente con ese punto de partida, según nuestra opinión, nuestro TS no extrae de ahí la consecuencia de admitir al matrimonio a los transexuales operados y que han cambiado de sexo aparente, argumentando que se ha cambiado la apariencia pero no la realidad cromosómica. Según el TS esa admisión implicaría que dos personas en realidad del mismo sexo, pero con apariencias sexuales distintas, pudieran ser admitidas al matrimonio heterosexual.

Más consecuente con el punto de partida del TS, la DGRN en los supuestos que han sido sometidos a su consideración ha considerado completamente legales los matrimonios de un transexual con persona de idéntico sexo cromosómico o biológico, pero de distinto sexo legal⁵⁸.

5º) El TEDH también se ha pronunciado sobre esta cuestión en cuatro ocasiones reiterando siempre la misma solución: no a los matrimonios entre dos personas del mismo sexo biológico o cromosómico aunque tengan distinto sexo legal. Pero esta jurisprudencia reiterada cambió bruscamente en dos sentencias de 11 de julio de 2002 que condenan al Reino Unido por no admitir al matrimonio a esas personas⁵⁹, consciente del cambio y razonando el cambio⁶⁰.

Es verdaderamente sorprendente la frivolidad del recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP en su referencia a estas dos sentencias para despacharlas alegremente y no tenerlas en cuenta, ya que los cambios de posición del Tribunal, se dice en el recurso, no se refieren a un cambio de concepto de matrimonio, que se supone heterosexual, sino a la concurrencia de los requisitos exigidos para que se pueda hablar de un verdadero cambio de sexo.

No alude, en cambio, el recurso a otras afirmaciones del Tribunal como las siguientes:

- 1ª) «El Tribunal debe tener en cuenta la evolución de la situación en el Estado demandado...» y «es de crucial importancia que el convenio sea interpretado y aplicado de forma que conceda unas garantías concretas y efectivas y no teóricas o ilusorias». De ahí la necesidad de que el Tribunal mantenga un «enfoque dinámico y evolutivo» ya que de lo contrario su actitud «podría constituir un obstáculo a toda reforma o mejora»⁶¹.
- 2ª) La solución dada por el Tribunal en los cuatro casos anteriores «procedía, según el caso, del razonamiento según el cual el derecho a casarse aludía al matrimonio tradicional»⁶².
- 3ª) «La dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio» (...) «en el que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha disposición, la esfera

⁵⁸ Resoluciones de 8 de enero de 2001, FJ 4; Resolución de 31 de enero de 2001.

⁵⁹ I. V. Reino Unido y *Godwin v. Reino Unido*.

⁶⁰ FJ 56

⁶¹ FJ 56.

⁶² FJ 76.

personal de cada individuo está protegida, incluido el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano»⁶³.

- 4ª) «La incapacidad para una pareja de concebir o criar un hijo no puede en sí misma privarle del derecho» a «casarse y fundar una familia»⁶⁴.
- 5ª) «La institución del matrimonio se ha visto profundamente transformada por la evolución de la sociedad y los progresos de la medicina y de la ciencia»⁶⁵.
- 6ª) «El Tribunal constata también que el texto del art. 9 de la carta de los derechos Fundamentales de la Unión europea adoptada recientemente se aparta -y ello no puede ser sino deliberado- del art. 12 del Convenio en cuanto que excluye la referencia al hombre y a la mujer»⁶⁶.

De cara al matrimonio, se difumina cada vez más la importancia de la diversidad sexual, ya que deberían tenerse en cuenta otros múltiples factores de cara al objetivo fundamental de la vida en pareja como marco para el desarrollo libre de la personalidad de cada uno de los miembros de la pareja en orden a la consecución de un mayor grado de felicidad.

3. Moral pública y matrimonio

Ése es el caso, en mi opinión, de la modificación del Código civil a la que nos venimos refiriendo. El Parlamento lo único que ha hecho es abrir la posibilidad de acceso a él de las parejas homosexuales, algo que no es otra cosa que reconocerles el ejercicio de un derecho, el derecho de contraer matrimonio entre sí, que antes no tenían.

No existe norma alguna en la moral pública, tal como la venimos describiendo que considere esto como prohibido. Buena prueba de ello es que ningún partido del arco parlamentario, por ejemplo, se ha opuesto a la regulación de lo que se ha dado en llamar uniones civiles sobre la base de la moral pública. Es más, la derecha lo ha propuesto como alternativa. No se alcanza a ver por qué sí colisionaría con esa moral el acceso de los homosexuales al matrimonio, dada la identidad de ambos supuestos como parejas de convivencia *more uxorio*.

4. Libertad de conciencia, orientación sexual y matrimonio civil

De todo cuanto venimos diciendo se desprende como insoslayable la respuesta a la pregunta ¿por qué no? Porque ése es el cambio metodológico al que inexorablemente nos obligaba la presunción a favor de los derechos de la persona y la interpretación restrictiva de sus límites, especialmente si tienen rango constitucional y están inmediatamente conectados con derechos fundamentales. No hay razones insuperables que se opongan a una respuesta positiva. Ahora ha llegado el momento de formularnos la pregunta de ¿por qué sí?

⁶³ FJ 72.

⁶⁴ FJ 80.

⁶⁵ FJ 82.

⁶⁶ *Ibidem*, último inciso.

Demostrado que no hay razones que se opongan a una respuesta positiva, vamos a ver si el texto constitucional nos aporta elementos que nos permitan afirmar que, si no la única constitucionalmente posible, la afirmativa es, no sólo congruente, sino la más congruente con la Constitución y probablemente la única congruente con ella en el momento actual de nuestra sociedad.

4.1. Libertad de conciencia e identidad personal

La conciencia⁶⁷ es la fuente original de la personalidad, si entendemos por esta expresión, la percepción de «sí mismo» o lo que es igual, de aquello que se percibe como inseparable e irrenunciable de uno mismo, de lo singular y diferente, como potencialidad que incluye facultades y límites y que permite ver ese «sí mismo» como referente y sujeto de la propia historia, de lo que uno hace y de lo que le hacen o de lo que le acontece; todo ello con un telón de fondo: la persona digna, propuesta por el art. 10.1 como modelo a seguir, horizonte asintótico del libre y pleno desarrollo de la personalidad y fuente de las normas reguladoras de nuestras conductas y del ejercicio de la libertad como auténticos imperativos categóricos.

La conciencia es la fuente de nuestro conocimiento, de la ciencia, pero también de la moral, de la Ética⁶⁸ como saber sobre la moral. Todo ese conjunto de creencias, convicciones, ideas y sentimientos constituyen la «cosmovisión» personal.

«Mismidad» e identidad personal son la misma cosa. La conciencia es la causa de que la persona perciba todo eso que le define y que, en definitiva, constituye su identidad personal: el núcleo duro de sus convicciones creencias e ideas (en el sentido de ideales) más íntimas e inseparables de su personalidad.

Al desarrollo libre de esas potencialidades más profundamente enraizadas en el yo es a lo que se refiere el art. 10.1 cuando habla como expresión primera de la dignidad personal, del «libre desarrollo de la personalidad».

Sólo sobre la base de esa percepción puede la persona disponer de criterios que le permitan decidir sobre lo que tiene que hacer incondicionadamente para alcanzar su máximo desarrollo posible (“pleno” en expresión del art. 27.2 CE); lo cual incluye la percepción, tanto de las posibilidades como de los límites; es más, por referencia a ese núcleo, que incluye el ideal de persona, estará en condiciones de disponer de criterios que le permitan reaccionar de la forma más correctamente posible, en orden al mismo objetivo, con respecto a lo que le acontece y a las influencias de las acciones de los otros sobre él.

⁶⁷ Sobre el concepto de conciencia LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia*, I, 2ª ed., pp. 17-28; ver también TARODO SORIA, S., *La libertad de conciencia y los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, pp. 37 y ss.

⁶⁸ Sobre la distinción entre Ética y Moral TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, cit., pp. 48-52.

La conciencia es aquí lo fundamental. La autopercepción es aquí lo decisivo. Lo que no puede uno es ser incoherente con esa autopercepción, so pena de cerrar las puertas a la posibilidad misma de alcanzar su más alto nivel de desarrollo posible como persona moral y ser espiritual. Sólo la coherencia de lo que se hace con lo que se dice y con lo que se cree marca el buen camino.

4.2. Identidad personal, orientación sexual e identidad sexual

Uno de los elementos identificadores de la persona que, por ello, forma parte integrante de la identidad personal es, de acuerdo con nuestro Derecho, la identidad sexual e incluso la orientación sexual⁶⁹.

El homosexual, por tanto, tiene derecho a su libre desarrollo como homosexual; como lo que es, no como lo que no es; antes por lo que se siente, incluso, que por lo que sólo aparentemente se es.

Lo hemos dicho: lo decisivo, desde el punto de vista de la realización personal, no es lo que *biológicamente* se es, sino lo que uno «*se siente*» *ser*. Algo que vale tanto para los transexuales como para los homosexuales con vistas a la vida en pareja.

No parece discutible lo primero: la identidad sexual forma parte de la identidad personal. El problema, como veíamos cuando nos hemos referido a los transexuales, es si lo que forma parte de la identidad personal es el sexo aparente o el cromosómico, el sexo «psíquico», «vivido y sentido», o el «orgánico» y “biológico”.

Si el punto de partida obligado constitucionalmente es el libre desarrollo de la personalidad con base en la conciencia como «consciencia», fuente de conocimiento de «lo que es» (ciencia) y de lo que «debe ser» (moral), la respuesta inmediata parece imponerse: desde ese punto de vista: lo que importa es lo que se «vive» y se «siente», no lo que «orgánicamente aparece». Desde el punto de vista de la personalidad y su libre desarrollo, en realidad, se es lo que se «vive» y se «siente».

Pero esto mismo vale para los homosexuales. También la homosexualidad es un problema de «sentimientos» y de «vivencias» sobre la base de la autopercepción íntima. El homosexual se siente atraído para formar vida en pareja, no por personas del otro sexo, sino por otras personas del mismo sexo. Y eso es lo que cuenta desde el punto de vista de la conciencia. Porque sólo en ese tipo de pareja encuentra acomodo para el «libre desarrollo de su personalidad».

⁶⁹ VIDAL GALLARDO, M., «El derecho a la identidad sexual como manifestación del derecho a la identidad personal», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 3, 2003.

4.3. Libertad de conciencia, identidad personal, orientación sexual y convivencia en pareja

La convivencia en pareja tiene como objetivo fundamental facilitar el «libre desarrollo de la personalidad» de cada uno de los miembros de la pareja, alimentando, siquiera sea en la fugacidad del instante, la llama de la felicidad.

No otra cosa significa la protección jurídica que nuestra Constitución (art. 39) dispensa a las familias, también a las parejas, no nacidas ni formalizadas como matrimonio, incluidas las homosexuales, dejando abierta la puerta, según el Tribunal Constitucional, a su equiparación jurídica a las parejas matrimoniales⁷⁰.

¿Dónde está la diferencia constitucional, entonces? ¿Es sólo de nombre? En opinión del TC sólo queda una diferencia: ¿en ningún caso se puede dar un trato privilegiado a las parejas de hecho en relación con la dispensada al matrimonio, pero constitucionalmente sí vale la inversa?⁷¹

4.4. Libertad de conciencia y matrimonio

Desde el punto de vista del derecho de libertad de conciencia y del libre desarrollo de la personalidad, no es lo mismo la unión en pareja que la unión en matrimonio. La primera no puede alcanzar la situación de privilegio que constitucionalmente está abierta para la segunda. No es verdad, por tanto, que en ambos casos sean equiparables las condiciones de los miembros integrantes de cara a su desarrollo

⁷⁰ ATC 222/1994.

⁷¹ STC 184/1990, de 15 de noviembre FJ 2, párr. 2: «Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*. Decisión ésta libremente adoptada por los sujetos de la unión de hecho y que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden (art. 39.3 CE), precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos. Y es, asimismo, diferente aquel supuesto del que se refiere a la necesaria protección de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2 CE), ya que en este caso resultan comprometidos otros intereses y valores distintos a los de los solos integrantes de la unión estable de hecho, unión que, por lo demás, en este caso puede perfectamente no existir».

Sin embargo, el razonamiento anterior no conduce a afirmar que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14. Criterio que se reiterará en la STC 66/1994.

personal y que no sufra el principio de igualdad y, consecuentemente el de libertad de conciencia.

Una cosa es que se deje en libertad a las personas para vivir o no vivir en pareja, para hacerlo como una mera situación de hecho o en el marco de una fórmula mínimamente reglada, o finalmente en el marco de la fórmula del matrimonio. Pero sin obligar a optar por una de esas soluciones o impidiendo hacerlo en relación con alguna de ellas. Aquí la función del Derecho se limita a dar normas que canalicen y faciliten el ejercicio del derecho, pero nada más. Otra cosa quebraría la libertad de las conciencias.

No me refiero únicamente a matrimonios heterosexuales, sino también a matrimonios entre homosexuales.

Porque la felicidad en pareja no depende de la diferencia sexual, sino de la atracción amorosa en la que aflora la oportunidad de ejercitar la propia libertad en el grado supremo, como ejercicio de autodisposición en el doble movimiento recíproco de entrega al otro y de aceptación del otro. Y este mutuo y recíproco movimiento de salida de sí mismo hacia el otro, en actitud de abierta acogida o de generosa entrega, es posible, con una u otra intensidad, allí donde hay atracción simultáneamente sexual, afectiva y amorosa, con independencia de que las personas tengan diferente o idéntico sexo.

No sólo no es constitucionalmente contradictorio. Es constitucionalmente lo más congruente.

Resumiré el argumento principal.

Eso que llamamos identidad personal no es otra cosa que el conjunto de convicciones (ideas e ideales, más sentimientos) sobre uno mismo, así como de las relaciones con lo otro y con los otros, resultado de la autopercepción emocional como ser en parte diferente y en parte similar a los demás y a lo demás, y con la posibilidad de varias alternativas de respuesta a los estímulos externos, como referente de mis acciones, de lo que me acontece y de lo que hago, de mi propia historia, de mis posibilidades y de mis límites.

Es a este punto de partida al que se refiere el art. 10.1 de nuestra Constitución, con expresiones tales como «dignidad de la persona» y «libre desarrollo de la personalidad».

La dignidad de la persona se apoya justamente en esas dos columnas: capacidad para la autopercepción y capacidad para la libertad, en acto o en potencia, sobre la base de la presunción de los artículos 29 y 30 del código civil; para, a base de decisiones, ir superando las propias limitaciones hasta alcanzar el máximo desarrollo personal posible en consonancia con las propias potencialidades.

Ése es el parámetro ético de nuestras decisiones que a través del proceso dialogal y de la norma kantiana de considerar norma de conducta personal sólo la que

consideremos de aceptación por todos los demás que, en virtud de esa aceptación, puede convertirse en norma ética universal.

En esa percepción de sí mismo la persona se topa con los otros y, no sólo con lo que le diferencia de ellos, sino también con aquello en lo que coincide y que comparte con ellos; de donde el sentimiento de solidaridad; es más, la vivencia de la necesidad de los otros para enriquecer las posibilidades de autodesarrollo: de la necesidad de la convivencia en general, en primer lugar, pero también de determinados modelos de convivencia.

Uno de esos modelos de convivencia privilegiados es, a la vista de las experiencias y vivencias fenomenológicas, la convivencia en pareja, en especial la convivencia que tiene su base en el sentimiento del amor, o para entendernos, la convivencia *more uxorio* en la que el amor como ágape contiene y es alimentado por la atracción afectiva (eros) y por la sexual.

El artículo 32. 1 CE responde al principio de que el matrimonio, como convivencia *more uxorio* está al servicio de la persona y de su derecho al libre desarrollo y no al contrario, de un lado; de otro, la ciencia ha hecho posible la total separación de la unión sexual y de la procreación, idea que corrobora la relación entre el art. 32 y el art. 39, como afirma PANTALEÓN⁷² que añade «si no perjudica más que al símbolo, yo creo que conviene que el símbolo no sirva para sacrificar en su altar a seres humanos (...) Ahora (1990) no hay obligación constitucional de permitir la institucionalización de la pareja, pero puede llegar a haberla, conforme se va desenganchando en la conciencia social matrimonio de procreación; cada vez hay más razones de artículo 14 que oponer al art. 32 (...) y sin duda llegará un momento en el que en la conciencia social la convivencia homosexual reclame la equiparación; y entonces será discriminatorio no hacerlo».

La institución matrimonial no tiene sentido por sí misma, sino sólo en función de las personas que integran la pareja y sólo subsidiariamente de la sociedad. Se ha producido un cambio radical con el pasado en el que el principio era justamente el inverso; una concepción que todavía se conserva, en sus líneas esenciales, en el Derecho canónico y su concepción del matrimonio como sacramento.

Mediante la integración del sexo en el eros y de ambos en el ágape, por la correspondencia de reciprocidad que elimina la posibilidad de la enajenación, es teóricamente posible alcanzar un clímax de entrega y aceptación interpersonal supremo, aunque sea en efímeros instantes (Yo-Tú-Nosotros)⁷³. Es la apertura esencial de la persona a otras personas; es decir, el supremo ejercicio de la libertad, ya que nunca se ejercita en grado máximo la libertad, como expresión de autodominio, mas que cuando se dispone de uno mismo en actitud simultánea de

⁷² «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho» en *Uniones de hecho* (Dir. MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOL, M. T.), Lleida, 1998, p. 70.

⁷³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia*, II, cit., pp. 353 y ss.; también en *Sistema matrimonial español*, cit., pp. 8-9; MURILLO MUÑOZ, M., *Matrimonio y convivencia en pareja...*, cit., pp. 40 y ss.

donación y aceptación; todo lo cual pone de relieve que ése es un marco apropiado, no necesariamente el único, de realización de la libertad como entrega y como aceptación personales.

Es necesario subrayar que la totalidad e incondicionalidad de la entrega y de la aceptación que dan vida a un nuevo centro existencial de decisión, aunque sea efímera, no es concebible si no es en el seno de la pareja. No parece concebible ni en la poliandria ni en la poliginia como modelos de convivencia *more uxorio*.

Ésa sería la utopía ideal a la que pretende responder el modelo matrimonial canónico indisoluble, por ejemplo, y que se traduce en los ordenamientos laicos en un modelo más realista, consciente de las limitaciones humanas, asentado, eso sí, sobre el mutuo consentimiento constantemente renovado (permanencia del *affectus maritalis*).

La pregunta que hay que hacerse es si sólo es posible encajar en este modelo de convivencia *more uxorio* la convivencia en pareja heterosexual o si también es subsumible, sin violencias, el modelo de convivencia homosexual.

Como es sabido el principio básico de nuestro sistema de convivencia es la dignidad de la persona humana sobre la base de dos columnas: la libertad de conciencia del 16.1 y de la igualdad del 14 en relación con el 9.2.

La orientación sexual no puede ser razón para la desigualdad ni para la discriminación. Es más, la orientación sexual es considerada como un elemento integrante de la identidad personal, en tanto que derecho fontal y básico. De ahí la especial protección de la que disfrutan los datos referidos a ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE y art. 7.1 LOPDCP), o en especial a la vida sexual (art. 7.3 LOPDCP) o la protección penal de la orientación sexual respecto a tratamientos discriminatorios, denigrantes, difamatorios, o que provocaren odio o violencia contra esas personas o grupos con denegación, por funcionario o particular, de prestaciones a las que tengan derecho, como consecuencia de su orientación sexual, bajo la rúbrica general de delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas: de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (arts. 510 y ss. del CP).

El homosexual, por tanto tiene derecho al «libre desarrollo de su personalidad», también en cuanto homosexual, ya que la homosexualidad forma parte integrante de su identidad personal, es decir, de su personalidad.

El derecho al matrimonio es un derecho, no fundamental, pero sí constitucional, del que son titulares todas las personas con capacidad para la entrega y aceptación interpersonales en una relación *more uxorio* capaz de integrar esos tres niveles del sexo, el eros y el ágape, con independencia de la capacidad o no capacidad para la generación, como pértiga hacia la felicidad.

Si el matrimonio, como derecho constitucional, disfruta de un grado de protección jurídica privilegiada correspondiente a la garantía institucional, sólo en base a sólidas razones se puede negar el acceso a él a unos ciudadanos que como tales son titulares de todos los derechos fundamentales, también del de igualdad. Más aún, como vimos esa protección no alcanza únicamente al matrimonio heterosexual cuando la imagen que del matrimonio tiene la sociedad ha cambiado tanto que incluye en ella también al matrimonio homosexual.

Me parece un argumento muy endeble afirmar que el problema tiene solución abriendo a los homosexuales la posibilidad de la unión civil que les ofrecería los mismos derechos con equiparación total, para no desnaturalizar el matrimonio tradicional, sacrificando los derechos de la persona en aras de la institución, sin otro apoyo que la defensa del nombre. La igualdad, dada esa protección jurídica especial a la que hemos aludido, no se consigue por esta vía, salvo que estemos incurriendo en una logomaquia; y, de otra parte, me parece una solución más bien hipócrita e incluso cínica, desde un punto de vista ético.

Así las cosas, parece que estamos ante un derecho, según este razonamiento, que tiene por objeto también la formación de pareja del mismo sexo, si queremos soslayar la cruel injusticia de negar la apertura a la felicidad, siquiera sea recortada, a las personas con orientación homosexual, que consideramos parte integrante de la identidad personal, incurriendo, de paso, en una burda y clamorosa contradicción y en una no menos escandalosa violación del derecho de igualdad.

Dos son las conclusiones fundamentales:

- 1ª) No hay ninguna razón que impida optar por esa solución: es posible otra interpretación de la Constitución; no lo impide la moral pública que es la única que ha de funcionar como parámetro de la injusticia o de la justicia de las decisiones de los poderes públicos; ni la garantía institucional del matrimonio ya que según el TC dada su dependencia de la imagen social del matrimonio y, por tanto, no inmutable sino susceptible de evolución y diferenciación según tiempos y lugares; ni la diferencia sexual de los miembros de la pareja o heterosexualidad es algo absolutamente necesario desde el punto de vista de los Derechos Humanos, separadas sexualidad y procreación.
- 2ª) El respeto del derecho de libertad de conciencia como base de la identidad personal que incluye tanto la identidad sexual como la orientación sexual, y de las normas morales exigidas por la dignidad personal y sus valores de realización, no solo sortea cualquier suerte de contradicción con el texto constitucional, sino que muestra la respuesta positiva como la más *congruente* con ese texto en este momento y muy probablemente como *obligada*, si tenemos en cuenta la evolución de la sensibilidad de nuestra sociedad en relación con los Derechos Humanos, así como en relación con su imagen esencial del matrimonio.

V. MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO RELIGIOSO

La relación entre ellos⁷⁴ ha de determinarse desde la perspectiva del derecho de libertad de conciencia y de su garantía, la laicidad del Estado, lo cual implica dos cosas: la total e incondicionada libertad de opción entre ellos, bien de uno solo de ellos, bien de ambos simultáneamente, y la exclusión de cualquier atisbo por parte del ordenamiento del Estado de prestar su coactividad a las normas confesionales con esencial desnaturalización de las mismas y evidente violación de la libertad de conciencia.

Así las cosas, quedan excluidas de mano varias soluciones posibles:

- 1ª) la que penaliza la celebración religiosa del matrimonio, admitiendo tan sólo el matrimonio civil;
- 2ª) la que relega al papel de subsidiario a este último para los no creyentes, convirtiendo en el único civilmente posible al religioso, bien uno solo con exclusión de los demás, bien varios según la fe religiosa de los contrayentes, dando el ordenamiento civil plena eficacia, dotándolas de su propia coactividad, a las normas confesionales reguladoras del matrimonio.

De modo que sólo quedarían como compatibles con esos dos principios las dos modalidades siguientes:

- 1ª) La que asegura la libertad total de elección entre ambos tipos de matrimonio, sin penalizar ninguno, pero sin reconocer ni atribuir efecto jurídico civil alguno al matrimonio religioso (separación total).
- 2ª) La que asegura igualmente la total libertad de elección entre ambos tipos de matrimonio, incluso la doble celebración, reconociendo al matrimonio religioso efectos civiles como si fuera un matrimonio civil, siempre que ese reconocimiento facilite el ejercicio del derecho de libertad de conciencia y que no entre en contradicción con la laicidad del Estado.

Aunque también en España el proceso secularizador del matrimonio se había iniciado mucho antes, sobre la base de la distinción de insignes canonistas entre contrato y sacramento, con la consiguiente distribución de las competencias correspondientes entre la Iglesia y el Estado, empujado por el regalismo, primero, y las ideas de la ilustración, después⁷⁵, el hito fundamental de ese proceso fue la

⁷⁴ Sobre las diferencias entre ambos, cfr. SUÁREZ PERTIERRA, G., «Matrimonio civil y matrimonio eclesiástico: dos sistemas jurídicos diversos», en *La actualidad jurídica*, VIII, 1981.

⁷⁵ CRESPO DE MIGUEL, L., *La secularización del matrimonio*, EUNSA, Pamplona, 1992, pp. 7 y ss.; FERNÁNDEZ CORONADO, A., *El proceso de secularización del matrimonio*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

aprobación de la ley de 1870 al amparo de la Constitución de 1869 en la que por primera vez se reconocía el derecho de libertad religiosa⁷⁶.

Esta ley convertía en obligatorio el matrimonio civil, único que tenía efectos civiles (y en este sentido, obligatorio), con una regulación mimética respecto de la canónica, pero atribuyendo la competencia sobre él al Estado, con carácter exclusivo⁷⁷.

Como es sabido, esta ley tuvo una vigencia muy efímera y pocos años más tarde el modelo de matrimonio civil obligatorio sería sustituido por el matrimonio civil subsidiario, configurándose el matrimonio confesional canónico como obligatorio para todos cuantos profesasen la religión católica. El nuevo modelo estuvo vigente hasta la reforma del Título IV del CC con posterioridad a la constitución del 78, con una corta interrupción durante la Segunda República en que cristalizó nuevamente el proceso secularizador, aunque en este caso con una legislación del matrimonio civil alejada de la canónica y con la introducción del divorcio que había sido constitucionalizado como un derecho en el art. 43 de la Constitución.

Por influencia del Concilio Vaticano II, a partir de 1969 se suavizaría en su aplicación la exigencia de prueba de acatolicidad de los contrayentes. Se convirtió así de hecho en un sistema de tipo facultativo. Sobre la base del art. 32 CE, el Código civil vigente, en su art. 49 en relación con el 59, ha optado claramente por la segunda de las fórmulas enunciadas: libertad de elección entre matrimonio civil o religioso, atribuyendo a todos ellos los mismos efectos civiles⁷⁸, poniendo como únicas condiciones: 1ª) que la confesión religiosa esté inscrita (no aclara si necesariamente en el Registro de Entidades Religiosas o si es suficiente que lo esté en el Registro General de Asociaciones), y 2ª) que el consentimiento matrimonial se haya prestado en la forma prevista por la confesión en los términos a) acordados con el Estado o, b) en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Entre el modelo *anglosajón* y el modelo *latino*, evidentemente nuestro Derecho ha optado por el primero: no varias clases de matrimonio, sino matrimonio único (civil) con pluralidad de formas o, si se prefiere, con libertad de forma de celebración y única clase de matrimonio. Si exceptuamos las normas sobre la forma, las demás son las civiles, comunes a todos los matrimonios, cuyos requisitos de validez y los efectos que se les atribuyen son exactamente los mismos, los señalados por esas normas civiles⁷⁹.

⁷⁶ CUBILLAS RECIO, M., *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al Derecho del Estado*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985, pp. 123 y ss.

⁷⁷ DELGADO DEL RÍO, G., *El matrimonio en forma religiosa*, Palma de Mallorca, 1988, pp. 32-33.

⁷⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1995, pp. 13-22.

⁷⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Ibidem*, pp. 16-22.

En este sentido el Código civil debe considerarse como congruente (arts. 49, 56, 59, 60, 73 y 80) de los Acuerdos del 79 con la Iglesia católica que, de conformidad con el texto constitucional, responden a este mismo modelo.

A él responden, también, los Acuerdos de cooperación con FEREDE, FCI y CIE, en los que se reconoce efectos civiles al matrimonio religioso celebrado ante los correspondientes ministros confesionales (pastores, rabinos o imanes), con una remisión material a las normas confesionales sobre la forma de celebración en el caso de judíos y musulmanes que, de hecho, quedan vacías de contenido en este último caso por contradicción con normas constitucionales y de orden público del ordenamiento español⁸⁰.

En ninguno de estos tres casos está prevista la posibilidad de reconocimiento de eficacia civil a las resoluciones de las competentes jurisdicciones confesionales.

Existe, en cambio, esa previsión respecto de los católicos, para, en virtud del *principio de cooperación*, facilitar el ejercicio sin obstáculos de su libertad de conciencia, ya que en razón de sus creencias consideran como únicas autoridades competentes para los católicos en la materia a las religiosas. De ahí que se acepte la posibilidad de que recurran, para la disolución o nulidad de su matrimonio, a esas autoridades jurisdiccionales religiosas, atribuyendo el Estado a sus decisiones eficacia civil sólo si se da plena conformidad, según unos, siempre que no se dé contradicción, según otros, con el Derecho estatal⁸¹, bien sólo con el Derecho procesal, o también con el Derecho sustantivo, lo que exigiría que el juez civil entrara en el examen de fondo del contenido de la sentencia canónica antes de proceder a su homologación civil.

⁸⁰ Art. 7.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *ibidem*, pp. 186 y ss.; MARTINELL, J. M., «Derecho a celebrar ritos matrimoniales y acuerdos de cooperación», en *Acuerdos del Estado español con Confesiones religiosas minoritarias*, cit., pp. 667 y ss.; DELGADO DEL RÍO, G., *El matrimonio en forma religiosa*, cit., pp. 55-90; NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso ante el Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1984, pp. 105 y ss.

⁸¹ Sobre esto cfr. CUBILLAS RECIO, M., *El sistema matrimonial español...*, cit., pp. 186-206 y pp. 270 y ss.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español...*, cit., pp. 13-22; FERNÁNDEZ-CORONADO, A., «Sentencia del Tribunal Constitucional 328/1993 de 8 de noviembre. Recurso de amparo 13406/93. Eficacia civil de decisión pontificia sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994; CALVO EPIGA, A., «Homologación civil de dispensa pontificia "súper rato": notas sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional español», en *Lumen*, núm. 39, 1990, pp. 424-447: el mismo, «El Ordenamiento jurídico español y la homologación civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y dispensas pontificias de matrimonio rato y no consumado: el debate parlamentario en torno a la redacción del art. 80 CC», en *Scriptorium Victoriense*, 41, 1994, pp. 247-325. Para una visión completa del tema cfr. LÓPEZ ZARZUELO, F., *El proceso canónico del matrimonio rato y no consumado. Eficacia civil de las resoluciones pontificias*, Valladolid, 1991.

El problema es cómo han de interpretarse las normas del Acuerdo de 1979 con la Iglesia católica y las de nuestro código civil si queremos ser escrupulosamente respetuosos con nuestra Constitución.

El TC ha calificado el reconocimiento de eficacia civil al matrimonio celebrado en forma religiosa y a las sentencias y resoluciones canónicas de nulidad o disolución como supuestos de cooperación del Estado con las confesiones religiosas a la que se refiere el art. 16.3.

Ahora bien, tiene que estar muy claro de qué tipo de cooperación se trata. Porque en esa norma se está haciendo referencia a dos tipos de cooperación muy diferentes: la obligada y la no obligada. Incluso si se entiende la expresión «mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación» como un mandato a los poderes públicos, el adjetivo «consiguientes» ya advierte que se trata de distintos tipos de cooperación.

En unos casos es *obligada* por ser necesaria esa cooperación para hacer reales, efectivas y plenas la igualdad y la libertad religiosas por estar en juego un elemento integrante del contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

En otros lo único que está en juego no es *posibilitar* el ejercicio del derecho, sino simplemente *su facilitación*: no estamos ante un elemento integrante del contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

La LOLR en su art. 2 describe cuáles son los elementos integrantes de ese contenido esencial, entre los que enumera el derecho a «celebrar sus ritos matrimoniales». Lo que no incluye es el derecho a que esa celebración tenga efectos civiles. Con mucha mayor razón no se incluye en ese derecho el reconocimiento de efectos civiles a decisiones de tribunales o autoridades confesionales sobre nulidad o disolución del matrimonio.

En el mismo sentido se ha interpretado por la CoEDH⁸² el art. 12 del CEDH que, de acuerdo con el art. 10.2 CE ha de tenerse en cuenta al interpretar las normas constitucionales relativas a los derechos humanos: el reconocimiento de efectos civiles al matrimonio religioso no forma parte integrante del contenido esencial del derecho de libertad religiosa.

Se trata, por tanto, de una *cooperación constitucionalmente no obligada*, como la del núm. 2 del art. 2 de la LOLR (asistencia religiosa), sino de una *cooperación constitucionalmente indiferente*, y, por tanto, posible, siempre que no entre en contradicción con la igualdad o con la laicidad que, en todo caso son su límite infranqueable.

Es preciso, tener en cuenta, además, las profundas diferencias entre la regulación confesional del matrimonio y su regulación civil informadas por principios muy diferentes, a pesar de lo que pudiera desprenderse de la identidad de términos y

⁸² CoEDH, Decisión núm. 6167/73. European Commission of Human Rights. Decisions and Reports, Vol. 1, Strasbourg, July, 1975, pp. 64-65.

expresiones utilizados⁸³. El Tribunal civil deberá tener esto muy en cuenta, tanto en relación con el Derecho procesal como con el sustantivo. Ni los criterios de valoración de las pruebas son los mismos, ni el principio de contradicción, de igualdad entre las partes según que defiendan la validez o la nulidad del matrimonio, ni la posición dominante del juez o el derecho a la defensa son iguales. Por poner sólo un ejemplo de Derecho sustantivo, la misma expresión «consentimiento matrimonial» significa dos cosas muy diferentes en uno y otro ordenamiento.

Ese carácter confesional, ausente de las normas estatales, y su consecuencia obligada, la falta de reciprocidad entre ambos ordenamientos matrimoniales que impide que el canónico reconozca las resoluciones civiles de divorcio o de nulidad de las normas canónicas. Algo que cuestiona la posibilidad de aplicar por analogía la norma del Reglamento de la Unión Europea⁸⁴ sobre producción de efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio, pronunciadas en cualquiera de los países miembros, en todos los demás (art. 14), *sin que pueda negarse tal reconocimiento sobre la base de que el miembro requerido no autorizaría la nulidad basándose en los mismos hechos* (art. 18).

A nuestro parecer, teniendo en cuenta las distintas posiciones, depurando el sistema de residuos confesionales⁸⁵ para adecuarlo a la Constitución, los requisitos que debería cumplir una sentencia o resolución canónica para ser civilmente homologada son los siguientes:

- 1) corrección procesal de la sentencia y cumplimiento, desde este punto de vista, de las condiciones previstas por el art. 954 LEC para el *exequatur* de las sentencias de tribunales extranjeros⁸⁶;
- 2) no consolidación de otra solución civil con la que entre en contradicción la sentencia canónica; por ejemplo, porque el defecto causa de nulidad se ha subsanado civilmente, o porque ya ha habido otra sentencia civil de nulidad o divorcio de sentido contrario⁸⁷;

⁸³ Sobre esto ver LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español...*, cit., pp. 27-58 y en Prólogo a VILLAR PÉREZ, A., *El acto Interlocutorio: la sentencia y el decreto*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, pp. 18-23.

⁸⁴ Un clarificador análisis del Reglamento en RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «Unión Europea y eficacia civil de resoluciones matrimoniales canónicas», en *Laicidad y libertades*, núm. 1, pp. 137-188.

⁸⁵ Sobre la confesionalidad del anterior sistema matrimonial español, cfr. SUÁREZ PERTIERRA, G., «Incidencia del principio de confesionalidad del Estado sobre el sistema matrimonial español», en *Revista Español de Derecho Canónico*, 1977.

⁸⁶ DE DIEGO LORA, C., «La eficacia en el orden civil de las resoluciones eclesiásticas en materia matrimonial», en *Ius Canonicum*, 37, 1979, pp. 204-209; reitera esta opinión de que el juez civil no debe entrar en cuestiones de fondo en «Hacia la plena vigencia de los Acuerdos del Estado español con la Santa Sede», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. VII, 1991, p. 197.

⁸⁷ NAVARRO VALLS, R., *El matrimonio religioso...*, cit., 1984, pp. 169-177; del mismo *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordatario*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 359 y ss.

- 3) no contradicción con ninguno de los elementos integrantes del orden público en una sociedad democrática⁸⁸; y
- 4) conformidad de la causa de nulidad o disolución canónica con las correspondientes causas civiles⁸⁹, ya que, por un lado, la expresión utilizada por el AAJ es «ajuste con el Derecho del Estado» y no simplemente «no contradicción» con ese Derecho y, en todo caso, de otro, la no contradicción o conformidad se refiere al Derecho del Estado (también de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España), tanto sustantivo como procesal⁹⁰, ya que la expresión del Acuerdo no distingue entre uno y otro. Ésa es la única manera de evitar que la solución dada por el juez canónico entre en contradicción con la que hubiera dictado el juez civil con arreglo a su Derecho, resultando que el mismo Ordenamiento, el ordenamiento estatal, da soluciones contradictorias al mismo supuesto de hecho, dependiendo todo de que se acuda a uno u otro tribunal, y dejando abiertas las puertas, tanto al fraude de ley si hay acuerdo entre las partes al no estar abierta la posibilidad del recurso del fiscal en defensa de la legalidad, como a la desigualdad entre los ciudadanos.
- 5) El respeto del derecho de libertad de conciencia de ambos contrayentes, exige el acuerdo y el consentimiento de ambos miembros del matrimonio en que la sentencia de nulidad o la resolución de disolución tengan efectos civiles. Otra cosa implicaría imponer como obligatoria la sumisión a decisiones de Tribunales a los que no se han trasferido competencias constitucionales de acuerdo con el art. 93 CE, que además son decisiones confesionales con violación del derecho de libertad religiosa del que se opone a su homologación civil. La homologación tiene su límite en este derecho que no puede violar.

No basta con que el juez civil examine la sentencia canónica desde un punto de vista puramente formal (dos primeros requisitos), sino que es necesario que entre en el examen de fondo de la sentencia (dos últimos requisitos).

⁸⁸ REINA, V., y MARTINELL, J. M., *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 191-200; DELGADO DEL RÍO, G., *El matrimonio en forma religiosa*, cit., pp. 189 y ss.; MARTINELL, J. M., *Procesos matrimoniales civiles. Disfunciones y reformas*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 280-308; SOUTO, J. A., *Derecho eclesiástico del Estado*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 431.

⁸⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español...*, cit., pp. 271-281. También se ha mostrado partidario de esta tesis, entre los eclesiasticistas, SUÁREZ PERTIERRA, G., «Matrimonio religioso y divorcio en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1981, espec. pp. 999 y ss. PÉREZ ÁLVAREZ, S., *Las sentencias matrimoniales de los tribunales eclesiásticos en el Derecho español. La cláusula de ajuste al orden público constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁹⁰ El TEDH ha considerado que la homologación de una sentencia canónica en la que no se ha respetado debidamente el derecho a la defensa y a un juicio contradictorio en el proceso canónico, por habersele negado a una de las partes información que hubiera necesitado para su defensa y, como consecuencia de ello, no haber sido representada por un abogado, ha violado el art. 6.1 de la CEDH. Ver *Pellegrini c. Italia*, de 20 de julio de 2001, En *Derecho*, núms. 33-48.

Si se han observado los requisitos procesales, el juez civil dará por buena la instrucción del proceso y, por tanto, los hechos probados en el proceso canónico, pero se reserva la calificación jurídica de esos hechos con arreglo al Derecho civil: deberá homologar la sentencia canónica sólo si con arreglo al Derecho civil, él hubiera dado el mismo resultado⁹¹.

Aparte de que ésta es la única solución que está de acuerdo con las expresiones literales del Acuerdo, que habla de *ajuste al Derecho del Estado*, es la única congruente con la distinta naturaleza de ambos Derechos, canónico y estatal, confesional el primero y no confesional el segundo, con la consiguiente diferencia esencial entre sus correspondientes tipos matrimoniales, sacramental el primero y no sacramental el segundo⁹².

Los requisitos de validez del matrimonio canónico tienen su razón de ser en asegurar la validez del sacramento: su causa ejemplar es la unión de Cristo con su Iglesia y su causa jurídica⁹³ el amor mutuo entre los miembros de la pareja, sin reservas, exclusivo, para siempre e incondicionado, y el fundamento de su capacidad de obligar es la fe.

El juez civil sólo puede homologar directamente las sentencias canónicas que declaren la nulidad por defectos de forma, ya que el art. 60 del CC hace una expresa remisión material a ellas, asumiéndolas como normas civiles⁹⁴. En los demás casos (existencia de impedimentos, o inexistencia o defecto de capacidad o consentimiento), deberá entrar en el examen del fondo de la causa para ver si la aplicación del Derecho civil al caso conduce al mismo resultado. Otra cosa implicaría su actuación como brazo secular de la Iglesia, atribuyendo efectos jurídicos civiles a normas confesionales en cuanto tales, con flagrante violación del principio de laicidad.

Ésta es la única solución enteramente congruente, al mismo tiempo, con el principio de libertad de conciencia, y los de laicidad e igualdad:

1º) Tiene en cuenta que los creyentes se sienten obligados a acudir a los tribunales canónicos por creer que sólo ellos son competentes para decidir sobre la nulidad o disolución de su matrimonio canónico, al que el Derecho del Estado atribuye efectos civiles, como proyección razonable, no obligada, del principio de

⁹¹ MARTINELL, J. M., «Matrimonio y libertad de conciencia», en *Laicidad y Libertades*, núm. 0, pp. 99 y ss. Propone como alternativa *de iure condendo* el matrimonio civil obligatorio, por considerar inútil el sistema de homologación así concebido.

⁹² Sobre la diferencia de ambos tipos negociales y de los principios informadores de los mismos cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español...*, cit., pp. 27-55; también CALVO SPIGA, A., «Sobre la sacramentalidad del matrimonio de los bautizados. En torno a la relación entre institución matrimonial y sacramento del matrimonio», en *Scriptorium Victoriense*, vol. 29, 1982, pp. 301-355 y vol. 30, 1983, pp. 129-149.

⁹³ SERRANO POSTIGO, C., *La causa típica en el Derecho canónico matrimonial*, León, 1980, especialmente, pp. 153 y ss.

⁹⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El sistema matrimonial español...*, cit., p. 197.

cooperación, evitándoles tanto el doble proceso (canónico y civil), contrario al principio de economía procesal y al de igualdad de los ciudadanos, como cualquier posibilidad de colisión entre norma de conciencia y norma jurídica estatal. Al mismo tiempo, sortea el más mínimo atisbo de colisión con los principios de igualdad y laicidad que son, en todo caso, límite de la cooperación, siempre que sea querida por ambas partes. No hay ninguna razón para extender más allá los efectos de ésta, ya que su única razón de ser está suficientemente cumplida. Se trata de una *cooperación no obligada*, sino que queda a merced de la discrecionalidad de los poderes públicos.

- 2º) Es la solución que mejor respeta los principios de unidad jurisdiccional (art. 117 CE), derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.1 y 2 CE) y la consecuente plenitud de las propias competencias jurisdiccionales del juez civil.
- 3º) Es la solución más congruente con el modelo anglosajón de matrimonio de clase única con pluralidad de formas, en que el matrimonio confesional es mero *presupuesto* del civil.
- 4º) Como ya he escrito en varias ocasiones⁹⁵ no vale objetar que según esta solución no serían civilmente homologables las resoluciones pontificias de disolución del matrimonio rato y no consumado, ya que civilmente no existe la inconsumación como causa de disolución, ya que las causas de divorcio son otras. Insisto una vez más: la causa de disolución canónica no es la inconsumación, sino factores que son causa del fracaso matrimonial sin previsión de superación de futuro. Lo que ocurre es que sólo operan como causas de disolución en relación con los matrimonios inconsumados, no con respecto a cualquier matrimonio y, evidentemente, se da una clara coincidencia con las causas de divorcio civil que todas ellas pueden reconducirse a esa categoría general: fracaso de hecho del matrimonio sin esperanzas de su posible recomposición futura.

De todas maneras, hay que decir que el sistema que hemos diseñado hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tenía una falla clamorosa⁹⁶. Estaba prevista la posible revisión de la decisión del juez civil, tanto si una de las partes se opone a ella como si es denegatoria de la homologación. Pero no estaba prevista posibilidad alguna de control (a instancias del fiscal y en defensa de la propia ley) de la decisión positiva del juez cuando las dos partes están de acuerdo, teniendo efectos de cosa juzgada, tanto en sentido material como formal⁹⁷. De ahí se deducen dos consecuencias: 1ª) que era posible que se homologaran sentencias canónicas no homologables ni siquiera con arreglo a la tesis de la suficiencia de no contradicción con el orden público (nulidades con base en impedimentos de naturaleza confesional), lo que no dejaba de ser una seria anomalía; 2ª) que, en última instancia, se dejara en manos de la voluntad de las partes la decisión tanto de declaración de nulidad como de disolución de su matrimonio, con lo que se reforzaba el principio consensualista en el Derecho civil, pero sólo para los católicos, poniendo en entredicho a la igualdad.

⁹⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D *Ibidem*, pp. 278-281.

⁹⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *ibidem*, pp. 286-290.

⁹⁷ MARTINELL, J. M., *Procesos matrimoniales civiles...*, cit., p. 305.

La nueva LEC, al derogar las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, relativas al matrimonio y en las que se establecía el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, abre la posibilidad de recurrir el auto de homologación también en el supuesto de que sea afirmativa y no haya oposición de ninguna de las partes (art. 778 en relación con el 770 y con los arts. 455 y 468).

Nuestro Tribunal Supremo ha ido acercando paulatinamente su criterio a la orientación que venimos defendiendo.

En una primera sentencia de 1994 el Tribunal⁹⁸ estima que «la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la sentencia firme... y b) *adecuación de la sentencia* (en su contenido), al Derecho del Estado, lo cual comporta un examen a fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, *no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal* de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español».

La expresión «conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del derecho del Estado» sólo puede entenderse referida a los principios constitucionales, a los conceptos jurídicos, principios y normas de la regulación civil del matrimonio. Añádase a todo ello que en este caso no contradicción viene a coincidir, desde el punto de vista de los resultados, con lo que otros hemos llamado «conformidad».

En cambio, en otra sentencia de un año más tarde⁹⁹, se decantaba formalmente por el criterio de que bastaba con que la sentencia canónica no contradijera al orden público del Estado, aunque entendido *éste en un sentido muy amplio, de dudosa constitucionalidad, flexible y variable* «al conformarse por principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso *religiosos* y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social *en toda su amplitud*, y a su vez en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico»¹⁰⁰.

De otra parte, con toda razón, negaba que la competencia del juez civil para entrar en el examen del fondo de la causa se pudiera extender a examinar la corrección de la aplicación de las normas canónicas por la autoridad eclesiástica en su propio ámbito¹⁰¹ y a rechazar la pretensión del recurrente de que se declarara nula la sentencia recurrida utilizando como argumento que la causa de disolución canónica, no consumación del matrimonio, no existía en el Código civil. Pero no porque el Tribunal no esté de acuerdo con esa afirmación, sino porque de aceptar tal argumento se llegaría a la conclusión de que quedaría sin aplicación una de las

⁹⁸ STS de 1 de julio de 1994, FJ 3.

⁹⁹ STS de 23 de noviembre de 1995.

¹⁰⁰ *Ibidem*, FJ 1, párr. 8 y párr. 14.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrs. 11-12.

cláusulas del art. VI del AAJ de 1979 con la Iglesia católica¹⁰². Es decir, sobre la base de algo falso que revela un desconocimiento notable del Derecho Canónico, ya que la inconsumación no es causa sino sólo presupuesto de la disolución. Los cánones 1142, 1698 y 1704, distinguen perfectamente entre *inconsumación* y *causa justa* cuya existencia real condiciona la validez misma de la decisión pontificia. Pues bien, la mayor parte de las causas estimadas justas por la Santa Sede son perfectamente subsumibles en alguna de las causas civiles de divorcio.

Sobre la base de la identificación entre inconsumación y justa causa de la disolución el Tribunal rechazaba expresamente la tesis de la necesidad de identidad entre causas de disolución o nulidad canónicas y civiles.

En contra de lo que algunos autores han estimado, el TS no ratifica estos criterios en ninguna otra sentencia posterior, salvo en algún *obiter dictum*, que no crea jurisprudencia.

Sí ha emitido, en cambio, tres sentencias con distintos criterios que muestran una evolución en el sentido que hemos indicado.

Dos de ellas son casi simultáneas¹⁰³.

En la primera, lo que se exige de la sentencia canónica para que sea homologable civilmente es que no esté en contradicción, no con el orden público sin más, sino «con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal»¹⁰⁴, es decir, las normas del Código civil sobre el matrimonio. Reproduce literalmente las expresiones de la primera sentencia pronunciada sobre el tema.

Tampoco la segunda alude al orden público como referencia de la no contradicción; lo que se exige para la homologación civil de la sentencia canónica es que no se oponga a «los principios constitucionales y los principios rectores del matrimonio, de acuerdo con los principios jurídicos de nuestro ordenamiento»¹⁰⁵. Ni que decir tiene que entre esos principios constitucionales y principios rectores del matrimonio civil hay que encuadrar al principio de laicidad. Añade además algo que debilita el rechazo de la tesis de identidad de causas o más correctamente de que las causas canónicas sean subsumibles en alguna civil: que no es exigible la coincidencia absoluta porque «si la similitud es posible y bastante no tiene por qué producirse» la coincidencia «absoluta»; la diversidad es perfectamente explicable «a causa de la diversidad de los correspondientes ordenamientos en relación» (civil y canónico) pero, sin convertirlos en «contradictorios»¹⁰⁶.

Entendemos que ésta es la doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada en el sentido del artículo 3 de nuestro Código civil.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 13.

¹⁰³ SSTS de 5 y 8 de marzo de 2001.

¹⁰⁴ FJ 3, b).

¹⁰⁵ FJ 3, párr. 4.

¹⁰⁶ FJ 3, párr. 5.

Lo criticable del fallo de estas dos sentencias es consecuencia del incorrecto conocimiento de la diversidad entre consentimiento matrimonial canónico y consentimiento matrimonial civil, que no son equiparables y que en no pocos aspectos son contradictorios. Las mismas expresiones aluden a conceptos y realidades distintas que, de no ser tenidas en cuenta, conducen inexorablemente a la contradicción interna del ordenamiento civil.

La misma doctrina jurisprudencial se mantiene en una sentencia posterior de 2005¹⁰⁷, pero con el añadido de que se trata de un matrimonio canónico civilmente disuelto en virtud de sentencia de divorcio cuyos efectos no quedan afectados por la sentencia posterior canónica de nulidad.

Entendemos que cualquier otra solución es incompatible con el sistema de matrimonio civil único con libertad en cuanto a su forma de celebración. A ese diseño responden inequívocamente y sin ambigüedad alguna los artículos 73, 81 y 85 del Código civil. No tiene sentido admitir la posibilidad de que el mismo juez civil en relación con un mismo matrimonio deba pronunciarse negativamente si aplica el derecho civil y negativamente si ejecuta la correspondiente resolución canónica.

No debe olvidarse que las normas matrimoniales civiles constituyen *ius cogens* y que dejarlas sin eficacia para unos ciudadanos sobre la base de una decisión personal suya implica una violación de la igualdad; tanto más grave si tenemos en cuenta que la razón de la discriminación, son las creencias religiosas.

En la tercera¹⁰⁸ se aportan dos ideas importantes:

1ª) la sentencia obtenida en proceso canónico de nulidad matrimonial realizado en ausencia de una de las partes no es civilmente homologable por aplicación del art. 24.1 CE, si la *no comparecencia no fue voluntaria y directamente querida* y, si fue voluntaria y querida no sólo por aplicación del principio de libertad religiosa, sino «sobre todo» por imperativo del principio de *aconfesionalidad (laicidad)*¹⁰⁹, que es principio básico incuestionable para la sentencia, en la que se identifican, a efectos prácticos, *aconfesionalidad* y libertad religiosa plena o absoluta¹¹⁰.

¹⁰⁷ STS de 23 de marzo de 2005, FJ 1.

¹⁰⁸ STS de 17 de junio de 2002.

¹⁰⁹ *Ibidem*, FJ 1, párr. 7: «Ya que en el primer caso -no voluntariedad- le debe amparar el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española; y en el segundo -voluntariedad- le ampara el principio, que ya se dijo que iba a ser la tesis rectora en el estudio de este motivo, la de la libertad religiosa establecida en el artículo 16 de dicho Texto, y sobre todo el de la aconfesionalidad del Estado». Ver RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «Ineficacia civil de sentencia canónica dictada en rebeldía. ¿Inicio de una innovadora línea jurisprudencial?», en *El Derecho*, pp. 1-4.

¹¹⁰ STS de 17 de junio de 2002, FJ 1, párr. 1.

La sentencia de nulidad obtenida en rebeldía de una de las partes no es civilmente homologable no sólo en el caso de que se trate de rebeldía a la fuerza, sino también en los casos de rebeldía por convicción e, incluso, de rebeldía por interés¹¹¹.

Consecuencia obligada sería también la aplicación de esta doctrina, puesto que existe la misma razón, a los supuestos de oposición de una de las partes a la homologación civil de una resolución canónica e, incluso, a la exigencia, como requisito para esa homologación, del consentimiento expreso de ambas partes. Pondría en cuestión la doctrina constitucional anterior que exigía, recordémoslo, incluso en el caso de la oposición de una de las partes, que esa oposición fuera razonada.

Una sentencia posterior del mismo Tribunal¹¹², habida cuenta de algunos reglamentos europeos y de su incidencia hermenéutica en el Derecho interno español, restringe la rebeldía únicamente a la rebeldía involuntaria, excluida en todo caso la rebeldía voluntaria por interés, y admite la rebeldía voluntaria, como una especie de objeción de conciencia, ponderadas las circunstancias y los derechos en juego en cada caso particular.

“Para apreciar que la libertad ideológica y religiosa justifica el incumplimiento de la carga de comparecer ante los tribunales eclesiásticos y, con ello, impide reconocer efectos civiles a la resolución dictada, como excepción a lo que establecen las normas de rango legal aplicables en el Derecho interno, es menester valorar las circunstancias que concurren en cada caso para examinar si se ha alegado de manera razonable la existencia de unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el tribunal eclesiástico con su libertad ideológica o religiosa, y valorar su trascendencia teniendo en cuenta la afectación concreta del derecho, los efectos negativos que conlleva la omisión de la carga de comparecer y la ponderación de estas circunstancias frente a los restantes valores y derechos constitucionales que puedan estar en juego (dado que los límites de la libertad religiosa radican en la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad públicas: art. 16.1 CE y 3.1 LOLR, o en “los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”: SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 154/2002, de 18 de julio, FJ 7 y 296/2005, FJ 4), entre los que figura el derecho a la tutela judicial efectiva inherente al reconocimiento de la eficacia de sentencias eclesiásticas si se reconoce por el Ordenamiento interno (STC 66/1982, de 10 de diciembre), teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la persona que ha

¹¹¹ Ver comentario crítico a la sentencia en, CAÑAMARES, S., «La rebeldía en el proceso canónico y su proyección sobre el reconocimiento de efectos a las sentencias eclesiásticas. Consideraciones acerca de la Sentencia 644/2002 del Tribunal Supremo de 27 de junio», separata; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., «Ineficacia civil de sentencia canónica dictada en rebeldía. ¿Inicio de una innovadora línea jurisprudencial...?», en *El Derecho*, núm. 166, 2 de octubre, 2002, pp. 1-4, se manifiesta, en cambio decididamente a favor del nuevo criterio jurisprudencial; AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., «Crónica jurisprudencial: España», en *Laicidad y Libertades*, núm. 2, pp. 602-604.

¹¹² STS de 24 de octubre de 2007, FJ 3, D.

contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos tribunales.

Resulta, así, que la doctrina fijada en la sentencia que acabamos de referirnos no puede tener, con arreglo al contexto normativo que procede tomar en consideración, una aplicación abstracta, sino que su aplicación debe quedar reservada a los supuestos en que el juicio de ponderación tras la alegación de las convicciones religiosas o ideológicas que se estiman relevantes para justificar la incomparecencia concluya en la existencia de una afectación del derecho a la libertad ideológica o religiosa no justificada por la prevalencia de otros derechos o intereses protegidos por la Constitución”.

2ª) La conformidad exigible entre ordenamiento canónico y ordenamiento civil (cláusula de ajuste) no es de nombres sino de contenido. En el derecho canónico no se habla de rebeldía sino de ausencia: los términos son diferentes pero el contenido semántico es el mismo¹¹³. Y lo mismo debe valer a la inversa; no basta que haya coincidencia de términos sino de contenidos semánticos. No se puede traducir consentimiento matrimonial canónico por consentimiento matrimonial civil como ha hecho el TS en una de las sentencias anteriormente citadas: el contenido de derechos y obligaciones de uno y otro consentimiento son muy diferentes y la falta de alguno de ellos acarrea consecuencias muy distintas en uno y otro Derecho. Decir que en las causas matrimoniales de incapacidad para asumir las obligaciones matrimoniales lo que hay es falta de consentimiento matrimonial para a renglón seguido, como si fuera la menor de un silogismo, afirmar que también en el Código civil es nulo el matrimonio sin consentimiento matrimonial¹¹⁴, es un argumento radicalmente viciado y, por tanto, falso.

La modificación de los artículos del CC referidos a la separación y al divorcio obliga a plantearse la discusión en otros términos. Dado que es posible el divorcio civil no sólo por consenso de ambas partes sino por voluntad de una de ellas aunque la otra se oponga, no parece haber dificultad alguna para homologar los supuestos de disolución canónica de matrimonio rato y no consumado. Por lo que respecta a la homologación civil de las causas de nulidad canónica, en cambio, las cosas no varían sustancialmente, ya que el CC sigue manteniendo también la categoría de nulidad con efectos distintos del divorcio, fundamentalmente la retroactividad o no retroactividad y la del derecho a pensión de cualquiera de los cónyuges en caso de divorcio (art. 97) o sólo a indemnización el cónyuge de buena fe en caso de declaración de nulidad (art. 98). Lo razonable sería que desaparecieran tales

¹¹³ FFJJ 5 y 6.

¹¹⁴ STS de 8 de marzo de 2001, FJ 3; del mismo, «Libertad de conciencia y matrimonio», en *Laicidad y Libertades*, cit., pp. 80-81; también RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., «El derecho a celebrar ritos matrimoniales», en *Laicidad y Libertades*, núm. 0, pp. 107-134.

diferencias. No se entiende la razón por la que el legislador las mantiene. De *iure condendo*, la discusión doctrinal anterior, no tendría ya sentido.

VI. MATRIMONIO CIVIL Y RITOS MATRIMONIALES ÉTNICOS

El profesor MARTINELL¹¹⁵ ha apuntado un vacío, acaso no suficientemente justificado, en esta descripción del sistema matrimonial, en la que se guarda silencio a propósito de la posible atribución de efectos civiles a los matrimonios celebrados con arreglo a la forma y ritos de una determinada etnia (el matrimonio gitano p.e.). La denuncia es certera, pero nuestro CC vigente no deja abierta tal posibilidad, ya que los arts. 49 y 59 CC se refieren expresamente sólo a la forma religiosa. Habría que pensar en la oportunidad de esa solución, en cuanto esas formas rituales no entren en colisión con principios constitucionales, en el marco de la autonomía que se reconociera a las minorías, a imagen de las Confesiones religiosas, como tendremos ocasión de ver más adelante. En una reciente sentencia el TC, a la par que niega el derecho a pensión, da por supuesta la posibilidad de que el legislador abra esa posibilidad y reconozca como matrimonio civil esa unión. «Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE». «Por tanto, sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales, verificado que no ha existido un trato discriminatorio ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, el presente recurso de amparo debe ser denegado».

Llevado el caso ante el TEDH este se ha pronunciado en el sentido siguiente¹¹⁶: 1) ha reconocido el derecho a pensión de viudedad habida cuenta de que en el momento de contraer matrimonio por el rito gitano, no había posibilidad en España otro matrimonio que el canónico, salvo que se demostrara la no pertenencia a la Iglesia católica; de que la administración se había tomado decisiones que implicaban el reconocimiento de estatus matrimonial; a todo lo cual había que añadir la buena fe de la viuda; 2) que el matrimonio gitano carece de validez en España y que no puede prosperar el recurso de que esto implique trato discriminatorio de la minoría gitana,

¹¹⁵ «Derecho a celebrar ritos matrimoniales...», cit., pp. 668-671.

¹¹⁶ STEDH de 8 de diciembre de 2009 Muñoz Díaz v. España.

ya que el matrimonio de otras minorías (judíos, protestantes y musulmanes) a los que se reconoce eficacia civil se hace sobre la base de lo estipulado en el correspondiente acuerdo.

Pero el código civil abre también la puerta a la decisión unilateral del estado, con total respeto del principio de seguridad jurídica, claro está. La pregunta es si la renuncia ese ejercicio unilateral, reservando esa posibilidad a las confesiones con acuerdo de cooperación, no estará teniendo consecuencias perjudiciales, no debidamente justificadas, para quienes no son beneficiarios de los acuerdos.

De otro lado, es verdad que nuestro Código civil sólo confiere efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa, siempre que se trate de confesiones inscritas, bien de conformidad con lo acordado o con lo dispuesto con carácter general por la ley civil. La pregunta es si no habría que tener en cuenta también a los ritos matrimoniales de las minorías aunque no sean religiosos, porque otra cosa implicaría discriminación no debidamente justificada de la minoría, si tenemos en cuenta que también las minorías son asociaciones de convicción que están bajo el amparo del art. 16 CE como las confesiones religiosas o las asociaciones filosóficas.

LA FEMINIZACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA EN CONTEXTOS MIGRATORIOS Y MULTICULTURALES

Gloria Patricia Lopera Mesa
Yulieth Teresa Hillón Vega

Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT
Medellín (Colombia)

Resumen

Este documento hace una aproximación preliminar a las interrelaciones entre las injusticias de distribución y de reconocimiento presentes en las desigualdades de género, centrándose en dos poblaciones que pueden ser consideradas como minorías culturales. El escrito está dividido en tres partes. En un primer momento, definiremos los parámetros teóricos desde los cuáles partió esta exploración. En segundo lugar, presentaremos dos casos en los cuales se evidencia esa interrelación de las estructuras sociales, económicas, culturales y de género. Por una parte, hablaremos de algunas de las desigualdades a las que se enfrentan las migrantes colombianas en su viaje a España y la forma como construyen la masculinidad y feminidad en ese país. Por otra, estudiaremos la relación entre esas injusticias a partir del modo en que los medios de comunicación presentaron el caso de las indígenas Embera del Chocó (Colombia) que son sancionadas por su comunidad por cortar su cabello para venderlo en las peluquerías de Quibdó, capital de ese departamento. Finalizaremos con algunas conclusiones que, más que respuestas, son perspectivas de análisis que podrían orientar futuras investigaciones.

■ **Palabras clave:**
Relaciones familiares
y grupales;
Desigualdad de
género;
Reconocimiento
legal; Grupos étnicos;
Poblaciones
migrantes

■ **Keywords:** Family
relationships; Ties into
cultural groups;
Gender inequity; Legal
recognition; Ethnic
groups; Migrant
people

This paper raises a rapprochement to unjust economic distribution and continue failure to recognise women rights that is linked to gender disparity. Authors focusing on two sectors of Colombian people: Ethnic groups who live in the interior of the country, more precisely, the Embera - Chocó, and migrant women who travel to Spain looking for improve their welfare.

Abstract

I. Las injusticias de reconocimiento y de distribución dentro de las desigualdades de género – II. Las mujeres colombianas migrantes en España – III. El cubrimiento en los medios de la sanción impuesta a las mujeres Embera por vender su cabello – IV. Conclusiones

I. LAS INJUSTICIAS DE RECONOCIMIENTO Y DE DISTRIBUCIÓN DENTRO DE LAS DESIGUALDADES DE GÉNERO

Antes de entrar en el análisis de los casos, es preciso presentar los puntos de partida que servirán como marco de análisis.

En primer lugar, vamos a retomar algunos elementos de la teoría de la justicia propuesta por Nancy Fraser. Esta autora señala que una sociedad que avanza hacia la justicia social (hacia una "democracia radical") es aquella que se propone erradicar dos tipos de injusticias: (a) las que se derivan de la inequitativa distribución de la riqueza y (b) las que se originan en la falta de reconocimiento y respeto por las diversas identidades, esto es, por las distintas formas que tenemos las personas de dotar de sentido y vivenciar nuestra común humanidad, debido a la construcción de patrones culturales que devalúan o menosprecian ciertas formas de ser humano¹.

La virtud que tiene la aproximación que propone Fraser es que logra superar la tendencia a equiparar política de redistribución con solución a las injusticias de clase y política de la identidad como solución a las injusticias de género, sexualidad y raza. En su lugar, prefiere tratar la redistribución y el reconocimiento como dimensiones de la justicia que atraviesan las demandas formuladas por todos los movimientos sociales.

Es raro encontrar situaciones de injusticia que tengan su origen sólo en problemas de redistribución o reconocimiento. Cuando examinamos las situaciones de injusticia padecidas por un grupo social, vemos que estas dos variantes suelen aparecer mezcladas y retroalimentarse mutuamente. Así, señala esta autora, las discriminaciones por razón de género aúnan tanto injusticias de redistribución (por el distinto papel que ocupan mujeres y hombres en la estructura productiva de la sociedad) como de reconocimiento (por el androcentrismo cultural). Lo mismo podría afirmarse cuando analizamos las situaciones de injusticia presentes en fenómenos sociales como las migraciones o las que padecen las minorías étnicas. En los dos casos que examinaremos a continuación, trataremos de analizar de qué manera se manifiestan y se relacionan ambas fuentes de injusticia en contra de las mujeres migrantes y de las mujeres indígenas.

En segundo lugar, si hemos anunciado que el objetivo central de esta ponencia es formular preguntas que incorporen una mirada de género a los temas que actualmente constituyen nuestros temas de reflexión, es pertinente aclarar en qué sentido emplearemos las nociones de "género" y "patriarcado"; ligado a ello, en qué

¹ FRASER, N., *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, trad. M. Holguín e I. C. Jaramillo, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, pp. 20 y ss.

sentido hablamos de "feminización de la pobreza" y de su corolario, la "feminización de la supervivencia". En este punto nos valdremos de la aproximación que propone la antropóloga argentina, radicada en Brasil, Rita Laura Segato².

Según explica esta autora, el género constituye un principio de clasificación y de construcción de alteridad, basado en la distinción entre lo "masculino" y lo "femenino", la cual suele equipararse, aun cuando no equivale, a la distinción biológica entre "hombre" y "mujer".

La fuerza de este principio clasificatorio básico parecía descansar, y por mucho tiempo así se pensó, en diferencias biológicas entre hombre y mujer. Desde esta perspectiva, la diferencia biológica era el dato previo que respaldaba y naturalizaba las diferencias de género. Es la biología la que explica y justifica que los hombres salgan a cazar (y en general a proveer), realicen las labores que demandan mayor capacidad física e intelectual, y que las mujeres se ocupen de procrear y cuidar de su prole. Sobre tales diferencias biológicas se hacía descansar cierta concepción acerca de los roles masculino y femenino. Sin embargo, la primera generación de estudios en antropología de género, encabezada por los trabajos de Margaret Mead, mostró que la distinción entre masculino y femenino y, más aún, de la discontinuidad biológica entre hombre y mujer, son construcciones culturales, lo que contribuyó a cimentar la crítica al sexismo, esto es, a las formas de discriminación que se justifican apelando a diferencias biológico sexuales que determinarían las facultades y comportamientos distintos que asumen (y deben asumir) hombres y mujeres.

Con todo, los trabajos de la antropología de género también permitieron establecer que en las diversas sociedades lo masculino se construye como una identidad que se afirma a partir de la dominación, del control, sobre lo femenino. Con esto no se quiere indicar sólo que quienes ocupan una posición masculina en la relación social afirmen su masculinidad a partir de la dominación y del control sobre ese "otro" que en esa relación social ocupe el rol femenino. También, visto desde la perspectiva del propio individuo, su masculinidad se afirma a partir de negar, controlar, suprimir aquellos rasgos de su ser que delatan la presencia de lo femenino.

Rita Segato sostiene que el género no puede caracterizarse como un conjunto de comportamientos documentables que consiste en lo que los hombres y las mujeres hacen en una determinada sociedad, sino más bien como una estructura de relaciones entre sujetos que ocupan el lugar de lo 'femenino' y de lo 'masculino', pero que no necesariamente coinciden con las anatomías de mujer / hombre. En ese orden de ideas, se pregunta esta autora, "*Si los géneros fuesen simplemente lo que los hombres y las mujeres hacen de forma diferenciada, ¿cómo podríamos explicar, por ejemplo, el resurgimiento de la estructura de género en el interior de las instituciones totales como cárceles y conventos, pero escenificada allí por actores de anatomías idénticas?*"³.

² SEGATO, R. L., *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

³ *Ibidem*, p. 74.

Se emplea la noción de "patriarcado" para nombrar a dicha estructura jerárquica de relaciones sociales basada en la construcción de una identidad masculina que se edifica y reafirma a partir del ejercicio de dominación sobre lo femenino. El patriarcado constituye una de las manifestaciones de la dialéctica del amo y del esclavo de la que hablara Hegel, en virtud de la cual el amo solo puede existir como tal si a su vez existe un otro, en posición de esclavo, sobre cuya subordinación pueda el amo construir su identidad de amo. Se trata de una estructura de dominación que atraviesa fronteras culturales, y que no es exclusiva de las relaciones de género, sino de todas las identidades que se definen y construyen a partir del ejercicio de poder y superioridad respecto de otros. También está en la base de la estructura de dominación colonial respecto de los pueblos colonizados, del discurso que afirma la superioridad de las gentes blancas sobre las no-blancas. De ahí que los estudios de género, enfocados en develar las múltiples manifestaciones de la dominación patriarcal, hayan abierto el camino y estén directamente relacionados con los estudios sobre subalternidad y minorías sociales.

Para Segato, en las relaciones basadas en el estatus, la plenitud del ser de quienes ocupan un rol dominante (masculino, blanco, imperio) depende de un ser-menos de los que participan como "otros" dentro del sistema. Este ser-menos o minusvalía sólo puede ser el resultado de una exacción o expropiación simbólica y material que reduce la plenitud de estos últimos a fin de alimentar la de aquellos⁴.

Pero ¿cómo se sostiene la dominación de género? El cimiento sobre el cual se constituye y reproduce la dominación patriarcal son las múltiples formas de lo que Rita Laura Segato define como "violencia moral", concepto que emplea para nombrar todas las formas sutiles de discriminación y menosprecio hacia la mujer y, en general, hacia quienes ocupan una posición minorizada en un sistema de estatus. Formas de violencia que incluyen el control económico, de la sociabilidad, de la movilidad, de los cuerpos, menosprecio moral, estético, sexual, descalificación intelectual o profesional⁵.

Estas diversas formas de violencia aúnan lo que Fraser denominaría injusticias tanto de *redistribución*, derivadas del desigual reparto de bienes y acceso a oportunidades entre quienes ocupan roles masculinos y femeninos, como de *reconocimiento*, originadas en la preferencia por los atributos asociados a lo masculino respecto de los que se atribuyen a lo femenino, y que se ejemplifica en un sinnúmero de prácticas y expresiones tales como la predilección por engendrar niños en lugar de niñas, que en países como India y China ha llevado al infanticidio masivo de niñas⁶; en la utilización entre nuestros jóvenes del adjetivo "eso es muy gay" para descalificar el uso de ciertas prendas de vestir o de ciertos comportamientos que pueden delatar la presencia de lo femenino, e inclusive en la misoginia que se evidencia en la utilización en el mundo gay masculino de términos como "loca" o

⁴ *Ibidem*, p. 254.

⁵ *Ibidem*, p. 116.

⁶ PERROT, M., *Mi historia de las mujeres*, trad. M. Saúl, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 53.

“mostrar las plumas” para descalificar y situar por debajo del “macho” a todo aquél, hombre o mujer, que se aproxime a lo femenino⁷.

Algo interesante del trabajo de Rita Segato es que muestra cómo las diversas violencias que constituyen la dominación patriarcal no afectan sólo a quienes ocupan el rol femenino (que en la mayoría de ocasiones son las mujeres), sino a los propios individuos que, impelidos por el mandato de afirmar su masculinidad, construyen su identidad masculina a partir de la represión de lo femenino que habita en ellos. En tal sentido, señala esta autora que “*el sexismo debe ser reconocido como un problema de los hombres, cuya humanidad se deteriora y se degrada al ser presionados por la moral tradicional y por el régimen de estatus a reconducirse todos los días, por la fuerza o por la maña, a su posición de dominación*”⁸.

A propósito de esto, conviene abrir un paréntesis en el hilo de nuestro discurso para revisar críticamente esa curiosa división del trabajo intelectual que se ha impuesto, según la cual la reflexión sobre género, al igual que antaño ocurría con la cocina, parecería ser un espacio a ocupar sólo por mujeres, que interesa sólo a mujeres y en el que aquel hombre que se atreva a incursionar se arriesga a la mirada sospechosa de sus congéneres. División del trabajo que se pone de manifiesto en que hayamos sido nosotras, en lugar de otros de nuestros compañeros hombres de la Escuela de Derecho, las invitadas a presentar hoy esta reflexión ante ustedes. Dado que pensar el género es pensar en la relación entre masculino y femenino, es algo que atañe por igual a hombres y mujeres, pues todos nos relacionamos con nosotros mismos y con los demás a partir de un esquema de constitución de la alteridad basado en la distinción entre lo masculino y lo femenino. Y si se argumenta que la pregunta por el género es algo que reviste mayor interés para las mujeres, pues son éstas quienes en su mayoría padecen los efectos de las diversas formas de violencia que alimentan la dominación patriarcal, habría que contestar que esta violencia, de manera directa e indirecta, también afecta a quienes se ven forzados a construir su identidad masculina a partir de una permanente negación y dominación de lo femenino.

Cerrado este paréntesis, uno de los resultados visibles del cúmulo de injusticias de redistribución y de reconocimiento a través de las cuales se expresa y reproduce el patriarcado, es la denominada “feminización de la pobreza”. Se trata de un concepto empleado en los estudios de género y en la Plataforma de Acción suscrita en la Conferencia de Beijing de 1995 para nombrar el inequitativo reparto de la riqueza que discrimina a las mujeres, y que se manifiesta de modo elocuente en el hecho de que la mayoría de la población pobre en el mundo, esto es, de los 1500 millones de personas que vive con menos de un dólar al día, está conformada por mujeres. También en los estudios que demuestran que, en todo el mundo, las mujeres ganan en promedio un 50% menos de lo que ganan los hombres.

Como señalan Rosa Cobo y Luisa Posada en la presentación a su estudio sobre el tema, aun cuando no pueden negarse los cambios experimentados en la posición

⁷ PONSFORD, M., “¿Sin una pluma?”, Editorial de *Arcadia*, No. 69, 20 de junio al 15 de julio de 2011.

⁸ SEGATO, R. L., *op. cit.*, p. 146.

social de las mujeres derivados de su acceso al mercado de trabajo y de la conquista de derechos políticos, lo cierto es que, a la par, uno de los efectos más rotundos de los programas de ajuste estructural inherentes a las políticas neoliberales es el crecimiento del trabajo gratuito de las mujeres en el hogar, resultado de los recortes de los programas sociales por parte de los gobiernos. Aquellas funciones de las que el Estado abdica (o que nunca asumió por completo, añado) –como la garantía de la salud o nutrición o educación, entre otras– vuelven a recaer en la familia, específicamente en las mujeres, lo que les impide acceder a trabajos que requieran dedicación exclusiva⁹.

Esta situación ha llevado también a lo que Saskia Sassen denomina “feminización de la supervivencia”¹⁰. Si partimos del hecho de que las mujeres son en mayor medida víctimas de la pobreza y que sobre ellas recaen las tareas de reproducción y cuidado familiar, llegando muchas veces a ser las cabezas de familia, se comprende la necesidad de que éstas se lancen a buscar alternativas para garantizar no sólo su propia supervivencia, sino la de aquellos que están bajo su cuidado. De ahí que la producción alimenticia de subsistencia, el trabajo informal, la prostitución y la emigración, entre otras, se convierten en los caminos que emprenden las mujeres en su lucha por subsistir, por sacar a los seres queridos adelante (y cada vez más a las economías de sus países de origen). Precisamente los dos casos que presentamos a continuación constituyen una muestra de estas estrategias de “feminización de la supervivencia”.

II. LAS MUJERES COLOMBIANAS MIGRANTES EN ESPAÑA¹¹

Variados son los aspectos que evidencian las interacciones entre el género, la economía, la cultura o la violencia y sus desigualdades en el caso de las mujeres migrantes colombianas en España. Sin embargo, centraremos nuestra exposición en dos elementos que muestran de forma fehaciente esas conexiones mezcladas y metamorfoseadas. Por un lado, constataremos cómo el gran peso que las mujeres tienen dentro del flujo colombiano hacia España y los motivos que arguyen para dejar su país reflejan una serie de inequidades de género, conectadas con injusticias de diversos tipos, que las llevan a buscar la migración como vía de escape y resistencia. Por otro, teniendo en cuenta que uno de los elementos que utilizan los colombianos en España para forjarse una identidad étnica que los diferencie de los españoles es la distinta manera de construir la relación entre hombre y mujer, veremos que existe una autopercepción idealizada de las relaciones de pareja que

⁹ COBO, R, y POSADA, L., *La feminización de la pobreza*, El País, 15/06/2006, <http://www.elpais.com>. Última revisión, Julio 1/2011.

¹⁰ SASSEN, S., *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, 2003.

¹¹ Las reflexiones consignadas en este acápite parten del material cualitativo recogido para la tesis doctoral *La estrategia del caracol. Migración y transformación social. El caso de los colombianos en Aragón*. Para mayor información al respecto, ver HILLÓN, Y., *El caracol en su laberinto. Migración y transformación social. El caso de los colombianos en Aragón*, Oñati, 2011 (En proceso de publicación).

refuerza y retroalimenta concepciones de feminidad y masculinidad propias de un sistema patriarcal compartido tanto en la sociedad de origen como en la de llegada.

Comenzando con el primer punto, la participación de la mujer en los flujos migratorios globales ha dejado huella. Incluso antes de los años setenta del siglo pasado, década en la que surgió una nueva etapa en los movimientos humanos (las migraciones contemporáneas) y que suele caracterizarse por la feminización del fenómeno¹², alrededor del 50% de los migrantes ya eran mujeres¹³. Colombia no es la excepción. En 2008, el 51.4% de los colombianos viviendo en el extranjero eran féminas¹⁴.

Esa huella femenina caracteriza de forma más marcada el flujo migratorio colombiano hacia España, si bien su fuerte presencia ha menguado con el tiempo. En 2001, año en el que la migración de colombianos hacia la Península comenzó a tomar vuelo, el 60% eran mujeres; para inicios de 2010, esta cifra se había reducido a un no despreciable 55,2%¹⁵. Esta tendencia no debe sorprendernos: al ser ellas las pioneras del movimiento hacia la Ibérica, son las que con su esfuerzo y la ayuda de la demanda de mano de obra para la construcción y el sector servicios han traído a sus familiares y amigos. Es decir, más mujeres de su círculo, por lo que continúa el patrón, pero también compañeros sentimentales, hijos, hermanos, familiares o amigos, lo que explica la reducción del porcentaje. Adelaida, una de las participantes en el estudio cualitativo, nos explica la dinámica:

“Carolina, ponle tres primas aquí. Llega Carolina, Esteban... voy a hablarte por mi lado, ¿vale? Esteban, Inés y Enrique, Matías, Luis y Margarita, Lucía, Rebeca y Adelaida, Úrsula, Aureliano, Mateo... Van 15 personas por el lado nuestro. Por el lado de ella (Carolina) y posterior a ella están: Ángela, Susana, David (...) Nubia, Melisa, la niña que acaban de traer, que no sé cómo se llama. Van 20 personas. Un primo de ellos... por lo menos cuatro personas más. 20 personas. Que es una cadena. Y como ésta, muchas. Y eso que no te cuento los de Catalina... Como ésta, muchísimas, muchísimas, muchísimas. Y yo creo que el proceso, por el lado nuestro, se viene a terminar con la venida de Valeria... de

¹² Al respecto, ver, entre otros, BADE, K., *Europa en movimiento. Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona, 2003; BLANCO, C., *Las migraciones contemporáneas*, Madrid, 2000; CASTLES, S., y MILLER M., *The Age of Migration. International Population Movements in the Modern World*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire and London, 1993; o STOLCKE, V., *Qué entendemos por integración social de los inmigrantes*, en CHECA OLMOS, F, CHECA, J. C. y ARJONA, A., *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*, Barcelona, 2004, pp. 17 - 45.

¹³ OIM, *World Migration 2005: Costs and Benefits of International Migration*, Geneva, 2005; UNDESA, *International Migration 2006: A Global Assessment*, New York, 2009.

¹⁴ DAS, DANE, OIM, *Anuario Estadístico, Entradas y Salidas Internacionales, Colombia 2006-2007*, Bogotá, 2008.

¹⁵ INE, *Revisión del Padrón Municipal 2002. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia*, España, 2002; INE, *Revisión del Padrón Municipal 2010. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia*, España, 2011.

mi prima. Pero Valeria, a su vez, se traerá más tarde o más temprano a su hija, se traerá a su madre y a su hermana. Y tras de ellos, vendrán más”.

Ahora bien, ¿Por qué salieron esos colombianos y sobre todo esas colombianas del país? Fuerzas internas y externas, muchas de ellas bastante conocidas, se confabularon para que esto tuviera lugar. Según la definición de “inmigrante” utilizada por los medios académicos, legislativos y mediáticos y por la comunidad en general, incluidos los mismos implicados –ciudadanos pobres del tercer mundo en el primer mundo–, la raíz de su viaje se encuentra en su faceta económica. Este hecho se torna más evidente si recordamos las situaciones colombiana y española en ese aspecto para la época en que creció el flujo migratorio colombiano¹⁶. En España, había un despegue económico formal e informal que clamaba a gritos por mano de obra; específicamente, personal para el trabajo doméstico, el cuidado de niños y ancianos, la construcción y la hostelería. Mientras tanto, Colombia pasaba por una grave situación económica y de orden público a finales de los 90 y principios de este siglo, la cual se veía agravada por una serie de catástrofes naturales, como por ejemplo, el terremoto de Armenia (Quindío) en el Eje Cafetero¹⁷. Dada esta difícil coyuntura, las familias colombianas encontraron una salida a esa situación migrando hacia la Ibérica, lugar en el que en ese momento se necesitaba trabajadores y no se requería visa para viajar¹⁸.

Sin embargo, el factor económico no explica completamente la migración en general y la migración colombiana en particular. Al escudriñar las historias de las personas entrevistadas, la motivación económica se encuentra presente; no obstante, en sus relatos se mezclan una gran variedad de razones. Tenemos cuestiones afectivas, académicas, políticas, económicas, culturales... En el caso de las mujeres, muchos de esos motivos están conectados con desigualdades de género que se reflejan en diferentes injusticias, algunas veces, encubiertas. Unos cuantos ejemplos nos permitirán ilustrar claramente estas inequidades de las que estamos hablando.

¹⁶ Como ya se había anotado, el nuevo milenio marcó el auge de la migración de colombianos hacia España. Hasta el año 2000, los 24.702 nacionales de ese territorio latinoamericano que residían en la Ibérica se sumergían dentro de la categoría “resto de nacionalidades de América del Sur”, aunque su incremento era evidente. Dos años después, el panorama era completamente diferente. Para 2002, las cifras se dispararon a 191.018. Al respecto, ver INE, *Revisión del Padrón Municipal 2000. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia*, España, 2000; INE, *Revisión del Padrón Municipal 2002. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia*, España, 2002.

¹⁷ El 25 de enero de 1999 un fuerte terremoto tuvo lugar en la zona cafetera colombiana, afectando especialmente al departamento del Quindío (Armenia y zonas aledañas). Además de las vidas que cobró, el desastre natural arrasó con gran parte de la infraestructura regional urbana y rural, generando un impacto social, económico y laboral sin precedentes.

¹⁸ Es importante advertir que las continuas amenazas sobre la imposición de “la visa” por parte de las autoridades españolas y su efectiva puesta en marcha el 2 de enero de 2002 crearon una especie de alarma entre aquellos deseosos por viajar e incentivaron la venida rápida y apresurada de miles de personas antes de que “las puertas se cerraran”.

Dentro de las motivaciones de salida encontramos la violencia endémica que vive el país. El 43% de las solicitudes de asilo en España en 2006 eran presentadas por colombianos. En 2008 su número cayó en picada: de 2.497 en 2007 pasó a 752. Para 2009, eran sólo 247 (8,2%)¹⁹. Los estudios de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) mencionados nos dan luces para entender ese declive: esa disminución no se debe a que la situación colombiana esté mejorando, sino a que las peticiones están siendo sistemáticamente inadmitidas por el Gobierno español. Simplemente, los perseguidos del mundo (no sólo los colombianos) han tenido que buscar protección internacional en otros países. Es importante resaltar que en estas estadísticas no estamos incluyendo la cifra oscura, es decir, el gran número de víctimas de la violencia que debido a las trabas migratorias buscan otros medios legales o no tan legales para entrar a la Península, como son las visas de estudio, de turismo, la compra de pasaportes o la entrada irregular. De ellas encontramos varias en el trabajo de campo cualitativo. Así mismo, tampoco estamos haciendo alusión a esa sensación de inseguridad que viven un gran porcentaje de colombianos, y que se denota con mayor fuerza en las razones que se alegan para quedarse en la Ibérica (la seguridad, el poder salir a la calle a cualquier hora, etc.).

¿Quiénes están asumiendo en mayor medida los estragos de esa violencia? Las mujeres. Una prueba de lo anterior es el número de féminas desplazadas por la violencia en Colombia. A noviembre de 2009, los organismos gubernamentales habían registrado 3,2 millones de desplazados en Colombia; de ellos, el 83% eran mujeres, niñas y niños²⁰. Igualmente, según la Comisión de Seguimiento a la Política pública sobre el desplazamiento forzado, en el año 2008, el 52,4% de la población desplazada interna era femenina, el 43,8% de los hogares de esa población tenía como cabeza de familia una mujer y un gran número de esas mujeres ejercía sola dicha jefatura (66,8%)²¹. En el mismo sentido, las entrevistas muestran que, al ser los hombres los que más pierden la vida dentro del conflicto, los que no vuelven a sus hogares y los más proclives a caer en manos de la delincuencia común, el desempleo o a ejercer la violencia en el ámbito privado, ellas se han convertido en el bastión económico, familiar y social de su entorno, siendo la migración una de las estrategias utilizadas en ello. Entre las participantes encontramos mujeres que han visto morir a su compañero sentimental o a sus hijos, o que tienen miedo de qué pueda pasar con sus vástagos si continúan en el lugar de origen, entre muchos otros casos. Parfraseando a María Fernanda, una de las entrevistadas consciente del fenómeno: “*Ellas no mueren en el conflicto pero son las que padecen en vida sus consecuencias. Ellas son las que ven morir, las que sobreviven y las que reconstruyen sobre las ruinas... son las que sacan adelante la familia y los hijos...*”.

Conectado con lo anterior, las féminas a través de la migración también están escapando de desigualdades y violencias de género propiamente dichas: mujeres que no encuentran cómo desarrollarse profesionalmente, mujeres cabeza de familia o

¹⁹ CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2009*, Madrid, 2009; CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2010*, Madrid, 2010.

²⁰ ACNUR, *Violencia de género y mujeres desplazadas. Año 2009*, Nueva York, 2009.

²¹ GARAY, J., et. al., *Séptimo Informe de verificación sobre el cumplimiento de los derechos de la población en situación de desplazamiento*, Bogotá, 2008.

mujeres maltratadas que huyen de la violencia doméstica pueblan las autopistas de la migración internacional. Un gran número de entrevistadas huían de la falta de oportunidades económicas que las estructuras de género les imponían en Colombia, ya que no encontraban trabajo o, si lo encontraban, no estaba acorde con su educación, era en zonas alejadas o con salarios más bajos. Ellas solamente están poniendo de presente el gran papel que la emigración femenina con alta formación está jugando en el fenómeno migratorio²². Así mismo, un buen porcentaje de ellas huía de parejas que las maltrataban física o psicológicamente, de estructuras familiares que les imponían un rol de feminidad específico y que, de cierta forma, las mantenían presas en sus barrios o ciudades de origen. Salir de Colombia permitía buscar nuevos horizontes o poner tierra de por medio ante una situación de violencia familiar que no se podía manejar.

Un último ejemplo. Las estadísticas muestran que el 51,9% de los colombianos en España y el 39% de las mujeres migrantes de esa nacionalidad en ese país tenían pareja estable a 2003. Sin embargo, independientemente de su estado civil, el 55% de ellos y el 60% de ellas tenían hijos²³. La disparidad en las cifras en el caso de las féminas colombianas nos permite afirmar que existe un amplio número de ellas que son cabeza de familia y que migraron para contar con recursos que les permitieran hacer frente a tamaña responsabilidad.

Como ya dijimos, todas esas motivaciones que se presentan en la migración femenina hacia España no se dan en estado puro, sino que aparecen mezcladas. Por eso, entendiendo que no es una y que además son interconectadas, no se nos debe hacer raro encontrar personas como doña Rubiela, una madre vallecaucana que viaja para sacar a sus retoños adelante, mientras huye del maltrato físico y psicológico del padre de los niños e intenta evitar que sus muchachos entren en las dinámicas del conflicto:

(...) lo veía... pero yo estaba enamorada. No lo veía. Lo veía y no lo veía. Me decía: *“noo, ya cuando nos casemos, dejo de beber y ta”*, y yo me lo creí. Nos casamos, seguía bebiendo. Luego nace el niño, uff, en la semana bebía, el fin de semana, todos los días... de la emoción de tener un niño (...) Y... y ya empezaron los problemas ahí, ya empezaron los problemas. (...) Entonces, bueno, llegaba y me daba duro. Y yo no hacía ni ruido para que mi mamá no se enterara. Lloraba y me aguantaba los pontocones. Yo no sé cómo le aguanté tanto. Luego, quedé en embarazo de Diana, ya... ya nace Diana y él seguía igual; aun cuando había cambiado un poquito, pero no mucho. Mm. Además, ni trabajaba (...) entonces, un día le dije: *“Mamá, yo me voy dejando todo. Yo voy a dejar esta relación. Ya no, ya no aguanto más. ¿Para qué? ¿Para qué mamá?”*.

(...) En conclusión, que yo me harté de la situación y ya dije: *“yo me voy, yo me voy”*. Bueno. Y Richard era muy inteligente, ocupaba el primer lugar en el colegio. Diana también era inteligente, pero Richard la superaba. Y de ver que estaba trabajando yo y que no alcanzaba ni para darle el autobús, tenía que pegarse unas caminadas como de aquí a... como de aquí más o menos qué... a

²² RAMÍREZ, C., et. al., *Perfil migratorio de Colombia*, OIM Colombia, Bogotá, 2010.

²³ APARICIO, R., y GIMÉNEZ, C., *Migración colombiana en España*, Ginebra, 2003.

la Plaza España, por decirte algo... a mí me daba una pena del niño, con lo inteligente que era; yo iba allá a las reuniones y salía como un pavo real; me decían que participaba en clase, que era el mejor, que tenían que a veces callarlo para que dejara participar a otros, bueno. Bueno, bueno, bueno. Entonces, yo decía: “*cómo no voy a aprovechar esta potencia de este niño*”. (...).

Y como la misma idea de no.... Porque nosotros fuimos muy pobres, muy pobres, vivíamos en un barrio muy pobre donde había mucha cosa rara por ahí, mucha... y el miedo, miedo era que éstos se metieran en estos rollos. Más que todo el Richard. Y esa también fue otra de las... de los fines por los que me los traje... que no fuera a caer por ahí en... porque nosotros vivíamos en un sector.... este sector era de gente buena, pero dos, tres casas más abajo, era gente.... de todo... matones, ladrones, de todo. Sí... Entonces, ese era el miedo que... que uno no quiere que ellos se metan en esos rollos, en esas historias; siempre qué, buscando lo mejor para ellos.

Las diferentes razones que hemos expuesto, y que se ven condensadas en el relato de doña Rubiela, nos pone de presente que en los estudios sobre migración femenina debe tenerse en cuenta que el migrar, en muchos casos, es una estrategia de escape a unas injusticias de género donde se imbrican desigualdades económicas y sociales, violencia política, desarrollo profesional, etc. Al estudiar el tema, hay que preguntarse cómo hacer para que el llamado derecho a migrar se convierta efectivamente en eso, un derecho, y no en un último recurso de unas personas a desigualdades de todo tipo.

En cuanto al segundo punto, es decir, los imaginarios alrededor de las relaciones entre hombre y mujer como factor para construir la diferencia entre colombianos y españoles, en las entrevistas es posible ver cómo el colombiano relaciona el modo de ser español con irrespeto, frialdad, maltrato, descuido y falta de compromiso con la relación. ¿De dónde sacan esas conclusiones? Simple: de la no existencia de términos cariñosos –que, según Manuel, uno de los participantes, en España son tonta o retrasado–; del tono fuerte –que tanto choca a Eliana, porque pareciera que todo se arreglara a los gritos–; del pago a la americana –que para Pilar es pura tacañería–, o de la laxitud –que, en palabras de Milena, permite que la mujer coja por un lado y el hombre por el otro incluso cuando ya están casados–. Lo opuesto a esa imagen es la descripción de los vínculos amorosos entre colombianos, plagados de palabras bonitas y expresiones de afecto públicas.

Si nos fijamos, lo que tenemos a la vista son estructuras de clase y género y concepciones de masculinidad y feminidad con roles específicos que, hasta cierto punto, se legitiman a través de estereotipar al otro e incluso deformarlo. Por una parte, tenemos la imagen de unos hombres españoles que, o ejercen su poder a través de la fuerza (como se puede concluir de las recurrentes noticias sobre violencia doméstica), o han perdido toda su autoridad y “su mujer los maneja”. Por otro, la de unas féminas ibéricas cuya independencia no se percibe como una liberación, sino como una feminismo extremo. En palabras de Mariana, colombiana casada con un hombre de su misma nacionalidad:

“Yo veo que hay... hay los dos extremos, que a mí... que yo considero que son muy malos: hay mucho machismo y mucho feminismo. Demasiado, exagerado. Porque en la pareja que predomina el machismo, suele ser el hombre que maltrata, que pega, que amenaza, que tal, que lo vemos todos los días, ¿no?, los números de muertas que van. Y en el hogar que no es así, entonces, es la mujer que domina, que gobierna, que... que anula casi por completo al hombre, que el hombre no tiene ni voz ni voto en esa casa. A mí me parece muy nocivo tanto lo uno como lo otro para una pareja”.

Así mismo, podemos encontrar que la comparación se utiliza para idealizar lo propio. Escuchemos el paralelo que realiza Eliana, una caleña que cuida muy bien de su marido:

(...) las mujeres son muy independientes. Lo sé porque me ha tocado vivirlo en casas, ¿no?, donde ellas van y se toman un café y se quedan horas, horas, pasan horas enteras en una cafetería; mientras que nosotras no somos de esas costumbres. Nosotras, las mujeres colombianas, eh, si salimos, claro, se lo comunicamos a nuestra pareja, pero siempre estamos pendientes a llegar a la hora para servirles la comida, que aquí es cena. Pero yo como mujer colombiana, yo no me pierdo tanto tiempo con mis amigas y “ala, ahí tú te quedas”, como dicen, ¡no! No, no, porque yo vengo de un hogar donde mi madre se dedicó mucho a mi padre, ¿sí?, lo atendía muy bien y siempre estaba ahí, ella le servía la comida y todo eso. Entonces, yo también guardo como esa, esa, ese... esa, esa, esa similitud. Acá veo la gente muy independiente, que el marido llega y... pues se sirve él mismo; o si no hay nada, se llegan ellos a hacer la cena. No, no, no... nosotros no. O sea, la costumbre mía es siempre dejar la comida hecha; si tengo que salir, aviso, pero... si salgo con las amigas, pues no trato de tardarme mucho, sino dentro de la normalidad... Eso lo veo, la mujer es muy independiente, la mujer es muy independiente; no está tan pendiente de su marido como la mujer colombiana. La española es muy independiente en ese sentido. Creo que tienen un trato bastante fuerte para con sus maridos, un tono de voz muy reacio, muy alto; cosa que en la mujer suramericana, y especialmente en la colombiana, no se ve. El trato es más cálido... eh... somos muy cariñosas, muy sutiles; mientras que la mujer española no tiene tanto ese carisma de dar, de ese romanticismo, todo esto... ¡somos muy distintas! (enfatisa). Las unas de las otras somos bastante distintas, sí, sí, sí.

Una de las consecuencias de esta autopercepción idealizada de las relaciones entre parejas heterosexuales es el mantenimiento de ciertas desigualdades de género que, inclusive, y a pesar de la contradicción que esto pueda generar, son utilizadas como mecanismos de resistencia. Por una parte, justifica la identificación de feminidad con sumisión (las mujeres colombianas son más femeninas porque son más dulces y sumisas), lo que permite retroalimentar una construcción de lo femenino a la postre compartida por las sociedades colombiana y española y que se ve reflejada en que los hombres mayores busquen casarse con mujeres latinoamericanas. El 66% de las

uniones de las colombianas en el año 2005 fue con ciudadanos de la Península²⁴; estadísticas locales y la investigación cualitativa permiten afirmar que un porcentaje relevante estaba constituido por uniones entre mujeres cabeza de familia y hombres mayores que ellas. Por otra, la feminidad es un activo que cotiza a las mujeres en el mercado marital español; es como si ellas tuvieran un bien que puede ser utilizado como una de las armas de la lucha por la supervivencia que las obligó a migrar. Casarse con un español permite conseguir papeles, mayor estabilidad económica y facilidad de reagrupar a la descendencia. De hecho, según algunos autores, lo es²⁵ y, en algunos casos, el trabajo cualitativo lo demuestra.

Una segunda consecuencia de esta percepción maquillada de lo propio es la invisibilización de la violencia de la que son víctimas las mujeres colombianas cuando se contrasta con la gran notoriedad que adquiere la violencia intrafamiliar en España. Los españoles son unos violentos en relación con los colombianos. Aquí encontramos ejemplificado una variante del que Sarah Song²⁶ denomina “efecto distractor”, con el cual pretende mostrar cómo el rechazo a las normas y prácticas de un grupo cultural sirve para desviar la atención de los aspectos censurables de la propia cultura. En el caso de los colombianos, el rechazo a la intimidación que ejercen los hombres españoles hacia sus mujeres desvía la atención de las violencias que también existen en las relaciones entre colombianos. Muchos de los entrevistados de la investigación han olvidado que eso que tanto reprochan a los ibéricos también sucede en la colonia colombiana y en su lugar de origen.

Tal efecto distractor también se pone de manifiesto en la manera en que la sociedad colombiana construye sus relaciones con los pueblos indígenas, con esos “otros” que conviven al interior de nuestras fronteras; en particular, en la manera en que concilia las demandas de equidad de género y respeto a la diversidad cultural. A ello se refiere el segundo de los casos que presentaremos, el cual nos servirá para ejemplificar la “feminización de la supervivencia” que tiene lugar en contextos multiculturales.

III. EL CUBRIMIENTO POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA A LAS INDÍGENAS EMBERA DEL CHOCÓ QUE VENDEN SU CABELLO

Hace cerca de dos años el programa Séptimo Día, que se transmite por el Canal Caracol en Colombia, presentó un reportaje titulado “El cabello sagrado de la belleza”, en el que se ocupa del caso de las indígenas Embera del Chocó que son sancionadas al interior de su comunidad por cortarse el cabello para venderlo en las

²⁴ GARCÍA DOMÍNGUEZ, M., *Migración colombiana del AMCO hacia España*, Santo Domingo, 2007; MTAS, *Anuario Estadístico de Extranjería 2006*, España, 2006.

²⁵ Ver, por ejemplo, GARCÍA DOMÍNGUEZ, M., *Ibidem*.

²⁶ SONG, S., *Majority Norms, Multiculturalism, and Gender Equality*, en *The American Political Science Review*, Nov 2005, 99, 4, pp. 473 – 489.

peluquerías de Quibdó, donde sus largas, lisas y sanas cabelleras son utilizadas para hacer extensiones capilares para las mujeres afrodescendientes de la zona²⁷.

Conviene aclarar que el objeto de nuestro análisis no será directamente el conflicto que origina entre los Embera del Resguardo La 21 en Chocó el que algunas mujeres de la comunidad corten su cabello para venderlo. No porque el interés del caso no lo amerite, sino porque hacerlo con rigor requeriría una aproximación etnográfica que aún no hemos realizado. En su lugar, nos proponemos examinar la relación entre injusticias culturales, socioeconómicas y de género a partir del modo en que este medio de comunicación se ocupó del tema.

En el reportaje del programa Séptimo Día se identifican (al menos) tres situaciones problemáticas:

En primer lugar, la construcción de un patrón de belleza para la mujer negra que lleva a desvalorizar características propias, para adecuarse a un canon de belleza que les impone adquirir en el mercado un “bien” que ellas no poseen (cabello lacio). Concentrarnos en esta arista del problema nos llevaría a ocuparnos de cuestiones como la devaluación de ciertos rasgos físicos de la población afrodescendiente y, ligada a ésta, la desigualdad que se instaura entre las mujeres que pueden comprar una cabellera lacia y quienes no pueden hacerlo. Pero no será esta la cuestión en la que nos concentremos.

En segundo lugar, algunas mujeres indígenas que poseen este “bien” concurren al mercado para ofertarlo. Sin embargo, esta oferta no es el resultado de la libre concurrencia, sino de la necesidad de proveer recursos para asegurar la subsistencia propia de la de las personas a su cargo. Esa imagen de las comunidades indígenas, como entidades autárquicas sin contacto alguno con el resto de la sociedad, no se compadece con una realidad en la que los indígenas, con muy pocas excepciones, están inmersos en relaciones de intercambio, que muchas veces discurren a través del mercado. La mayoría de los bienes con los que las mujeres indígenas suelen concurrir al mercado (productos agrícolas, artesanías, venta de mano de obra para el servicio doméstico, entre otras) no garantizan por sí solos la adquisición de bienes básicos para la subsistencia ni son tan bien valorados como una negra, larga y lacia cabellera.

En tercer lugar, la sanción que las autoridades indígenas imponen a las mujeres de su comunidad que concurren a ofertar este “bien” en el mercado. La cabellera larga tiene en la comunidad un significado asociado a la virtud femenina. Cortarse el cabello está asociado a la pérdida de la virtud, a la prostitución, según lo explica ante las cámaras de televisión el gobernador del Resguardo La 21.

El reportaje se concentra en cuestionar la injusticia derivada de la imposición de la pena de cepo a las mujeres emberas que venden su cabello y, por esta vía, la identificación del cabello largo de las mujeres como un símbolo de virtud femenina. Esta lectura del fenómeno parecería entonces plantear un conflicto entre el derecho

²⁷ El reportaje puede verse en: <http://www.caracoltv.com/producciones/informativos/septimodia/video153892-el-pelo-sagrado-de-la-belleza>. Última revisión, Julio 1/2011.

de las mujeres embera a disponer de su propio cuerpo, a llevar su cabello como les plazca y, por otro lado, el reconocimiento del derecho de la comunidad a sancionar un comportamiento que se juzga reprochable, en ejercicio del derecho colectivo a la autonomía jurisdiccional.

De acuerdo con esta lectura, este sería un perfecto ejemplo de la llamada “paradoja de la vulnerabilidad multicultural”, esto es, la muestra de cómo los costos de una política de reconocimiento de la diversidad cultural pueden llegar a estar inequitativamente repartidos y a gravar excesivamente, acentuando la situación de vulnerabilidad de algunos sectores de población, en este caso las mujeres indígenas. La literatura feminista ha destacado el hecho de que el multiculturalismo puede tener el efecto de reforzar la inequidad de género dentro de los grupos minoritarios, pues para garantizar el derecho a la reproducción cultural de estos grupos, se autoriza que, a través de sus normas y prácticas, algunos de los miembros del grupo opriman a los sectores más vulnerables del grupo o “minorías internas”²⁸.

Aun cuando el reportaje no lo hace explícito, una conclusión fácil que podría extraer aquél espectador que haga una valoración superficial de la situación, es la necesidad de establecer límites a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, de modo tal que se impida la sanción de las mujeres que acuden al mercado a vender su cabello.

Esta manera de abordar la situación tiene el efecto de reforzar prejuicios “alterofóbicos”, al mostrar las bárbaras costumbres de los indígenas, y constituye una muestra de lo que Sarah Song denomina el “efecto distractor”, para destacar el hecho de que concentrarse en el examen crítico de las normas y prácticas de las culturas minoritarias puede contribuir a desviar la atención o bien a legitimar las normas y prácticas de la cultura mayoritaria. Con esto no se quiere sugerir que debamos mirar hacia otro lado y no prestar atención a situaciones problemáticas como las que plantea el reportaje de Séptimo Día, pues esta renuncia a considerar al otro como interlocutor en el debate moral que suscitan estas situaciones de inequidad de género, simplemente pretextando el respeto a su diferencia cultural, supondría una forma del “falso reconocimiento” del otro. La propuesta de Song, que retomo para el análisis, es que nuestras normas y prácticas deben ser analizadas a la vez que se hace lo propio con las de otras culturas, para así evitar pasar por alto que estos efectos desviantes pueden reforzar jerarquías de género entre culturas y alimentar discursos de superioridad racial y cultural dentro de la cultura dominante²⁹.

Atendiendo a la recomendación que nos formula Sarah Song, quisiéramos llamar la atención sobre dos cuestiones que el reportaje no problematiza, sino que, por el contrario, naturaliza, los asume como parte del paisaje en el que transcurre la

²⁸ SHACHAR, A., “The Paradox of Multicultural Vulnerability”, en JOPPKE, C., y LUKES, S. (comps.), *Multicultural Questions*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 87-111; SACHAR, A., “On Citizenship and Multicultural Vulnerability”, *Political Theory*, Vol. 28, No. 1, 2000, pp. 64-89.

²⁹ SONG, S., op. cit., p. 486.

historia narrada, pero que constituyen dos situaciones de injusticia profundamente arraigadas en nuestra sociedad:

En primer lugar, la valoración que hacen los hombres embera del cabello largo de las mujeres como símbolo de su virtud no constituye una seña de “diferencia cultural radical” respecto de la sociedad no indígena, sino que, por el contrario, pone de manifiesto un elemento común a ambas sociedades (y a muchas otras): el control sobre el cuerpo femenino, concebido como un territorio en el que se inscriben trazas de esa dominación patriarcal a la que antes nos referíamos.

Dejando de lado cuestiones tan embarazosas como el control de la natalidad –que se manifiesta en algunas comunidades indígenas con la prohibición del uso de anticonceptivos y, en un entorno que nos es más cercano, con la cruzada emprendida por el Procurador Alejandro Ordoñez y los sectores conservadores de la ciudad de Medellín en contra del proyecto de Clínica de la Mujer– para concentrarnos en un asunto en apariencia más trivial, también nuestra sociedad percibe el cabello largo como un símbolo de feminidad. Incluso existe en nuestro medio una sanción social difusa en contra de la mujer que se atreva a llevar el cabello corto, y aunque su carácter aflictivo no se equipare al de una pena corporal como el cepo, en cualquier caso no deja de manifestarse con mayor o menor intensidad, según el sector social al que se pertenezca y la dependencia o autonomía de la que goce una mujer. Ejemplo de esto fue la controversia que generó la decisión de la Señorita Colombia 2009, Michelle Rouillard, de cortarse el cabello meses antes de asistir al certamen de Miss Universo.

Pero además en la literatura podemos encontrar numerosos ejemplos de esta identificación del cabello largo con la presencia inquietante de la naturaleza, en contraste con el cabello corto como signo de ingreso en la civilización. Paralela a ésta corre la identificación entre el cabello largo como símbolo de feminidad y del cabello corto como insignia de virilidad.

Michelle Perrot, en su trabajo titulado “Mi historia de las mujeres”, nos recuerda que apóstol Pablo escribe a los Corintios: “*La naturaleza misma nos enseña que para un hombre es deshonoroso tener el cabello largo, pero que una mujer se glorifica por su larga cabellera. Le ha sido dado el cabello en lugar del velo*”³⁰. Velo que, como es conocido, representa en la tradición judeo cristiana y en la musulmana un símbolo de virtud y de pudor.

También cita a Soren Kierkegaard, quien en su *Diario de un seductor*, escribe:

¿Qué hay más bello que la abundante cabellera de una mujer, que esa profusión de bucles? Sin embargo, es un signo de su imperfección, según las Escrituras, que ofrecen diversas razones para ello ¿Y no es éste el caso? Mira a la mujer inclinándose casi hasta tocar el suelo con sus pesadas trenzas, parecidas a sarmientos floridos que la unen a la tierra; ¿no es ella una naturaleza más imperfecta que el hombre, que tiene la mirada vuelta al cielo y

³⁰ PERROT, M., *op. cit.*, p. 66.

que simplemente toca el suelo? Y sin embargo, esa cabellera es su belleza; más aún, su fuerza. Pues por ella...cautiva al hombre, lo encadena y lo ata a la tierra³¹.

Por eso, más eficaz y más radical que alimentar la indignación o el extrañamiento frente a esos otros que castigan a sus mujeres, como prostitutas, porque venden su cabello, nuestra sociedad tendría que mirarse en ese espejo para reconocer también aquí muchas de esas prácticas que impiden a las mujeres decidir de manera autónoma sobre su cuerpo y, en su lugar, lo siguen concibiendo como un territorio sobre el que lo masculino tiene plena jurisdicción. Promover, a través de la educación, de los medios de comunicación, esos cambios en las diversas formas de violencia social que se ejerce frente a la mujer, entre ellas la imposición de un cierto modelo de feminidad o de virtud, repercutirá positivamente en el respeto de la autonomía de todas las mujeres, también de las indígenas, para tomar decisiones relativas a su cuerpo. Ya los propios emberas se encargarán de revisar la decisión de castigar con cepo dicha práctica, como se han encargado ellos mismos de revisar la de la ablación de clítoris, o los U'wa revisaron la práctica del abandono de gemelos.

La segunda injusticia sobre la que queremos llamar la atención a propósito del reportaje de Séptimo Día es la que obliga a algunas personas, en este caso a las mujeres emberas, a vender partes de su cuerpo. Porque la decisión de cortar sus cabellos no obedece al capricho de cambiar de imagen, ni a una afirmación de independencia frente a esa marca de feminidad que representa el cabello largo, sino a la necesidad de entregar en el mercado un “bien” que ellas poseen y del que necesitan despojarse para asegurar su sustento y el de sus hijos.

La decisión de desafiar las normas de la comunidad (o en el caso de las mujeres que tengan introyectado el patrón de valoración del cabello femenino, de despojarse de un símbolo de virtud) para obtener doscientos mil pesos por su cabellera, no es comparable a la decisión de la Señorita Colombia de desafiar los cánones estéticos dominantes al despojarse de su larga y cuidada cabellera. En el primer caso no puede hablarse de una decisión realmente libre, sino de una actuación motivada por un verdadero estado de necesidad. En el reportaje esta cuestión no es problematizada en absoluto. De hecho, en algún pasaje, luego de mostrar la satisfacción de la mujer negra con sus extensiones capilares recién puestas y la de la mujer indígena al salir de la peluquería con el dinero en la mano, se dice que “*hasta aquí la historia tendría un final feliz*”. Vale la pena entonces preguntarse ¿hasta qué punto hemos naturalizado las injusticias de redistribución y hemos convertido este tipo de situaciones en parte del aire social que respiramos, un dato respecto del cuál nada podemos hacer?

Coincidimos con Nancy Fraser cuando afirma que la lucha por el reconocimiento de la diferencia no puede desligarse de la lucha por la redistribución equitativa del acceso a los bienes básicos, e incluso consideramos que esta última exigencia de justicia adquiere prioridad sobre la primera, especialmente en contextos de flagrante inequidad social como el que se presenta en Colombia. En tales circunstancias cabe

³¹ *Ibidem*, p. 70.

afirmar que no puede darse un avance real en términos de reconocimiento de las diferencias si estos no se acompañan de una política orientada a corregir las graves injusticias de redistribución, pues, como señala Fraser, “*las diferencias culturales sólo pueden elaborarse libremente y ser mediadas democráticamente sobre la previa garantía de la igualdad social*”³².

IV. CONCLUSIONES

El análisis de algunas de las situaciones que viven los migrantes colombianos en España y las mujeres indígenas embera en el Pacífico colombiano nos proporciona unas cuantas reflexiones a tener en cuenta en investigaciones a futuro en este tipo de temas.

En primer lugar, los dos casos examinados nos permiten apreciar que las desigualdades de género, derivadas de relaciones patriarcales de dominación, mezclan a su vez injusticias de reconocimiento y de redistribución inequitativa del acceso a oportunidades y recursos económicos. Lo vimos en la importancia estadística y las motivaciones que impulsan a las mujeres colombianas a migrar a España. También lo percibimos en el caso de las mujeres embera que se ven obligadas a vender su cabello para conseguir el sustento de sus familias. Eso significa que la superación de las desigualdades de género requiere adoptar medidas que, de acuerdo con una concepción “bivalente” de la justicia como la que propone Nancy Fraser³³:

- Distribuyan los recursos materiales de forma tal que aseguren la independencia y la voz de los miembros de la sociedad, sin obligar a que algunos de ellos tengan que migrar o que vender partes de su cuerpo para garantizar su supervivencia.
- Excluyan aquellos patrones culturales que menosprecian sistemáticamente algunas categorías de personas y las cualidades asociadas con ellas. Esto significa corregir aquellos patrones culturales que devalúan lo femenino frente a lo masculino o que asocian la feminidad con determinados rasgos como la sumisión o el cabello largo, y que terminan por imponerse a las mujeres, en lugar de ser el resultado de elecciones autónomas.

En segundo lugar, también podemos concluir con Sarah Song que, si reconocemos que las culturas no son totalidades separadas, claramente distinguibles y coherentes a su interior, sino que son internamente conflictivas y se encuentran en permanente interacción y mutua constitución con otras culturas, entonces, el problema para el feminismo no es tanto “multiculturalismo vs equidad de género”, sino más bien “patriarcado vs equidad de género”³⁴. Formular el problema en estos términos

³² FRASER, N., *op. cit.*, p. 242.

³³ FRASER, N. “La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en *Justicia Social. Estudios Ocasionales. Cátedra Ciro Angarita*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2007, pp. 9-29, aquí p. 24.

³⁴ SONG, S., *op. cit.*

permite la consideración del rol que las normas e instituciones de las culturas, sean éstas mayoritarias o minoritarias, juegan en la formación o reforzamiento de las prácticas de las otras culturas. Pero también permite el examen de factores no vinculados a la diferencia cultural, tales como las injusticias socioeconómicas, que obstaculizan las luchas por la equidad de género.

TERRITORIO, INTEGRIDAD TERRITORIAL Y FRONTERAS DEL ESTADO EN LA UNIÓN EUROPEA

Araceli Mangas Martín

Catedrática de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales
Universidad Complutense de Madrid

Académica de Número de la Real Academia de
Ciencias Morales y Políticas de España

Conferencia pronunciada el 22 de enero de 2016 en el Aula Magna del Rectorado de la
Universidad de León con motivo de la Festividad de San Raimundo de Peñafort

1. Territorio ¿de la Unión o de los Estados miembros? – 2. Territorio y ámbito de aplicación territorial
del derecho de la Unión – 3. Fronteras interiores y exteriores – 4. Respeto y defensa de la integridad
territorial del estado

1. TERRITORIO ¿DE LA UNIÓN O DE LOS ESTADOS MIEMBROS?

Uno de los errores más comunes en el que incurren políticos, medios de comunicación y opinión pública al enjuiciar acciones concretas o de conjunto de la Unión Europea (en adelante, UE) es utilizar un lenguaje y perspectiva estatalista. Así, en especial, se confunde la limitada, concreta y expresa competencia y actuación de la UE con la propia de un Estado soberano que tiene la plenitud de poderes generales. En ese error se tropieza al enjuiciar tanto las acciones como las inhibiciones de la UE –en el sentido tanto del deber de abstenerse por no poseer la competencia como de inacción voluntaria, a veces torpe y poco responsable–.

El territorio es uno de los tres elementos clásicos de la creación y permanencia de un Estado (junto a la población y la organización política dotada de soberanía); es, sin duda, un elemento constitutivo e identificador del Estado hasta el punto de ser comúnmente aceptado que el Estado es un sujeto o corporación de base territorial (M. Hauriou, Sereni...).

Aunque los Estados no son los únicos sujetos de base territorial, es incontrovertido que las organizaciones internacionales intergubernamentales no son sujetos de base territorial, sino de carácter funcional. Disponen de sedes y celebran acuerdos de sede con el Estado anfitrión para el reconocimiento de unos derechos específicos en sus sedes y lugares de trabajo, ya sean fijas, ya sean para reuniones específicas y esporádicas o permanentes.

La Unión no tiene territorio; por tanto, no posee ese elemento constitutivo de la existencia de un Estado; tiene sedes para sus instituciones y organismos en varios Estados miembros¹. Todos los tratados constitutivos de organizaciones internacionales poseen un *ámbito espacial de aplicación de sus normas* ligado al territorio de sus Estados miembros.

El territorio, en consecuencia, es un elemento constitutivo de la existencia de un Estado e identificador de éste frente a otros sujetos internacionales². El territorio forma parte de la identidad nacional que merece ser respetada.

Los dos grandes tratados (Tratado de la UE y Tratado de Funcionamiento de la UE, en adelante TUE y TFUE) se refieren siempre al territorio de los Estados miembros o a su integridad territorial, con dos excepciones que deben ser contextualizadas. El Tratado, en especial el TFUE, distingue actividades o situaciones en un Estado miembro y las que tienen lugar en el territorio de otro Estado miembro o en el territorio de Estados terceros³. Pura lógica y terminología iusinternacionalista.

En efecto, hay dos excepciones en las que los redactores de los tratados, inconsciente o subliminalmente, se salen del marco de la estatalidad individualizada de sus miembros para deslizarse con dos referencias chocantes a la “integridad” (de la UE) o al “territorio de la Unión”:

¹ Art. 341 TFUE y Protocolo sobre la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados órganos, organismos y servicios de la UE.

² Ziller, J., “The European Union and the territorial scope of European territories”, (2007) 38 *Victoria University of Wellington Law Review* 51, y en <http://www.upf.pf/IMG/pdf/05-ziller.pdf>.

³ Así, se utilizan expresiones muy repetidas y diversas: “en el territorio de los Estados miembros”, “en el territorio de otro Estado miembro”, “en el territorio de uno de los Estados miembros”, “que residan legalmente en su territorio” [de un Estado miembro], “de admisión en su territorio” [de un Estado miembro], “Estados miembros cuyo territorio resulte afectado”, “a través del territorio de uno o varios Estados miembros”, “productos exportados al territorio de uno de los Estados”, “normas de procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo”, “ámbito de aplicación territorial de los Tratados” [para referirse al capital art. 52 TUE], “territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro”.

Tales expresiones pueden verse en el TUE, art. 43 y 52; en el TFUE, art. 20, 21, 45, 48, 49, 50, 79, 88, 89, 91, 111, 172, 222, 299, 343, 355; en la Carta de los Derechos Fundamentales, art.15 y 45; en el art. 27.1 Convenio de Schengen “en el territorio de una Parte contratante”...

- en el art. 21.2 del TUE se afirma que “La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de: a) defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e *integridad*; [...]

- y en el art. 153.1. del TFUE: “Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente *en el territorio de la Unión*; [...] (cursivas añadidas).

Salvo estas dos excepciones explicadas y contextualizadas⁴, las referencias al “territorio de la UE” (una metonimia) que escuchamos a políticos y altos cargos de la UE, medios de comunicación y lenguaje popular deben ser siempre utilizadas con el valor convenido de que el territorio de la Unión no es otro que el territorio de *cada Estado miembro* en el que se aplican los Tratados (en consonancia con los art. 52 TUE y 355 TFUE).

No hay, pues, propiamente un territorio de la Unión sino un ámbito espacial o territorial de aplicación de los Tratados y de sus normas derivadas.

2. TERRITORIO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN

El territorio de cada Estado miembro no está delimitado o descrito por los Tratados de la UE sino por sus normas internas y por los tratados con Estados vecinos, sean o no miembros de la UE.

Cuando un Estado se adhiere a la UE ingresa con todo su territorio reconocido internacionalmente en el momento de la adhesión, salvo que las partes establezcan otra cosa (art. 29 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de

⁴ En ambos preceptos se dan contextos confusos aunque ligeramente distintos entre sí. El art. 21 es el precepto de cabecera de la acción exterior de la UE y su propósito es ejercer y defender su acción política como ente autónomo y, por ello, se refiere a la independencia de la UE como ente con capacidad para defender sus percepciones e intereses colectivos en las relaciones exteriores, tales como su propia estabilidad e integridad frente a actuaciones desestabilizadoras que los puedan amenazar. La mejor defensa de un ente jurídico-político internacional, como es la UE, es una sabia acción exterior. En ese contexto hay que entender ese art. 21: con su acción exterior de conjunto defiende la integridad de los elementos de la organización, teniendo cuidado de no adjetivarla como *territorial* de la UE. Por el contrario, el art. 153.1.g) TFUE, al aludir a un supuesto “territorio de la Unión” en el marco de la política social (art. 151), debe circunscribirse a ese contexto en el que las condiciones de permanencia y laborales de los trabajadores de terceros Estados, admitidos en (el territorio) del cualquier Estado miembro, tendrán una regulación europea complementaria a la de los Estados miembros. Esa reducción tiene más de elipse que de afirmación intencionada de atribuir un elemento territorial propio de la UE.

forma práctica y congruente el art. 52 del TUE). Por ello, ningún Tratado de la integración ha regulado ni necesita regular el territorio de sus Estados. Es un asunto interno de cada Estado miembro, aunque con relevancia jurídica para la UE.

El territorio estatal es un hecho objetivo y externo a la UE, aunque de ese hecho se deriven *consecuencias directas* para la Organización al ser el territorio estatal el espacio en el que son exigibles los Tratados y el derecho derivado.

Para establecer el ámbito de aplicación territorial de los Tratados y del derecho derivado, desde la fundación en 1951-1957, se enuncia *eo nomine* a cada Estado miembro (art. 52 TUE). De forma sencilla y económica, con la mera denominación oficial de cada Estado queda reconocido que el Tratado se aplica a ese Estado y a todo su territorio –el que tenga o pueda tener–, sin perjuicio de concretas exclusiones de partes identificadas del territorio nacional que se detallan mediante la remisión a un precepto del Tratado de Funcionamiento de la UE (art. 52.2 TUE, remisión al art. 355 TFUE). En efecto, cualquier modulación, ya sea excluir, ya sea modificar el ámbito de aplicación territorial a un Estado miembro, se precisa en el art. 355 TFUE (exclusión de las islas Feroe, islas del Canal, isla de Man, etc.).

Siendo el territorio un elemento específico de los Estados miembros, éstos disponen libremente en su territorio de los derechos propios o inherentes a su condición de Estados⁵, como es el aumentar o perder territorio *de conformidad con el Derecho Internacional* (incluido el principio de efectividad, la fuerza de los hechos); es un asunto que no es de competencia de la UE sino de cada Estado miembro, discrecional e individualmente, aunque –insisto– el aumento o disminución acaba teniendo consecuencias para el conjunto europeo organizado.

El precepto que enuncia la lista de Estados miembros (art. 52 TUE) tiene que ser modificado cada vez que ingresa un nuevo Estado (o en caso de eventual retirada prevista por el art. 50 TUE) para hacer constar, al incluir su nombre, de forma implícita el territorio del que goce de conformidad con el Derecho Internacional; pero no hay que modificarlo cuando un Estado miembro pierde o gana territorio. Por ello, una eventual secesión de una parte componente de un Estado miembro que se constituya en nuevo Estado independiente y desee ingresar en la UE, en caso de que se acepte su adhesión, exigiría modificar por unanimidad el art. 52 TUE, junto con la aprobación del Acta de

⁵ Así lo confirmó el Tribunal de Justicia: “Considerando que del apartado 1 del artículo 227 se desprende que el Estatuto de los departamentos franceses de Ultramar en la Comunidad se define, en primer lugar, por referencia a la Constitución francesa, a tenor de la cual, como expuso el Gobierno francés, los departamentos franceses de Ultramar forman parte integrante de la República” (TJCE, sentencia de 10 de octubre de 1978, *Hansen/Hauptzollamt Flensburg*, 148/77, apartado 9).

Como reconoce el Dictamen británico “No treaty amendment is therefore required simply as a result of a change to the borders of a state’s territory” (apartado 159) *Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish independence*, february 2013, <https://www.gov.uk/government/publications/scotland-analysis-devolution-and-the-implications-of-scottish-independence>;
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79417/Scotland_analysis_Devolution_and_the_implications_of_Scottish_Independan..._1_.pdf.

Adhesión con las condiciones específicas de la misma. Por ello, la UE no tiene que concretar al detalle el territorio de cada Estado en sus Tratados, le viene dado por los tratados y situaciones de facto de cada caso.

Al utilizar esta fórmula de síntesis, con la mera designación del nombre de cada Estado miembro, sumando de forma implícita los territorios de cada Estado miembro como ámbito de aplicación del Tratado, se obtienen grandes ventajas jurídico-políticas.

En primer lugar, cualquier extensión o variación en la competencia territorial, según evolucione el Derecho internacional y las competencias estatales, afectarán automáticamente a la UE sin necesidad de reforma; por ejemplo, como sucedió en el pasado siglo en relación con los espacios marítimos de la plataforma continental o la zona económica exclusiva que al ver reconocidas nuevas competencias a los Estados conllevó la extensión automática del derecho de la UE a las actividades económicas en esos espacios.

Segundo, permite que cualquier variación del territorio predeterminada por un hecho de sucesión de Estados no requiera modificación del art. 52 ni autorización de la UE para aumentar o reducir el territorio del Estado miembro. Una sucesión de Estados se produce cuando un Estado es sustituido por otro en un territorio determinado (efectividad). Cuando se trata de una modificación territorial por una sucesión de Estados se aplica el principio de continuidad del Estado predecesor o matriz y la movilidad del ámbito de aplicación territorial de los tratados, asociado al art. 52 TUE y 355 TFUE.

Así, la decisión de Francia de traspasar el Sarre a Alemania⁶ o reconocer la independencia de Argelia⁷ (...departamento francés en su época, pero colonia de hecho...) o aumentar el territorio y la población de Alemania es una decisión exclusiva de tales Estados miembros⁸. Se notifica a la Unión el aumento o pérdida de territorio para que tome nota de las consecuencias. Que las tiene.

⁶ El traspaso de la región del *Sarre*, bajo la soberanía francesa, a la alemana en 1957 supuso una pérdida territorial para Francia y un aumento correlativo para Alemania, si bien los efectos son relativamente neutros ya que sólo afectaba a la responsabilidad del cumplimiento del derecho comunitario que se trasladaba de Francia a Alemania y no suponía salida o desvinculación de la entonces CECA. No alteraba los Tratados sino el responsable de su aplicación.

⁷ La independencia de las colonias francesas en Argelia, al amparo del derecho de libre determinación de los pueblos coloniales en el marco de la Resolución AGNU 1514 (1960) supuso una pérdida de territorio y de población a la que se aplicaban los tratados comunitarios de la época.

⁸ La *unificación alemana* es un caso singular. Un Estado miembro puede aumentar (o perder) su territorio en el ejercicio libre y soberano de su voluntad mediante acuerdos libremente pactados con otros Estados ajenos a la UE. La Unión no podía ni debía interferir ni impedir la unificación, pacífica y conforme a Derecho internacional, a pesar de que de ese *hecho consumado*, decidido por Alemania, se derivaban innumerables consecuencias jurídicas automáticas para la Unión (extensión relevante de su ámbito de aplicación en territorio con fuertes desequilibrios y 20 millones más de europeos), sus Estados miembros e, incluso,

Por el contrario, si un Estado miembro alterase el ámbito de aplicación del Tratado excluyendo por su mera voluntad unilateral –no ligada a una sucesión de Estados– territorios que permanecen bajo su soberanía (caso de Groenlandia o de diversos territorios franceses) necesitaría –hoy– un acto de derecho derivado de la UE. En la mal llamada retirada de *Groenlandia* de la UE, territorio que sigue bajo soberanía de Dinamarca, se excluyó esa región danesa del ámbito de aplicación de los Tratados comunitarios alterando el Tratado de adhesión de Dinamarca⁹.

Estos precedentes atípicos nos muestran que, en definitiva, el aumento o disminución del territorio de un Estado miembro afecta primordial y exclusivamente al Estado miembro en cuestión y la UE se limita a reconocer cambios en el ámbito de aplicación territorial de los Tratados. Si bien, la posición de la Unión y de sus Estados a favor del respeto a la unidad nacional e integridad territorial es un factor político considerable para frenar o disuadir de los atentados a la integridad territorial en violación del derecho interno e internacional.

Tanto una secesión (no hay precedente) como una unificación de Estados (caso alemán) son situaciones no regulables en o por el marco del Derecho de la UE. El Derecho de la Unión no puede ni debe regular la secesión sino tomar nota de las consecuencias específicas de una pérdida o un aumento de territorio y de nacionales de sus Estados miembros.

La Constitución de 1978 se sumó a la tradición constitucional española en el silencio sobre la determinación del territorio del Estado, es decir, no explicita en qué espacio físico se ejerce la soberanía, no expresa qué territorio merece la condición jurídica de territorio de España. Ese silencio fue roto en algunos textos constitucionales españoles que delimitaron el territorio de soberanía, como fue la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 10), el proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873 (art. 1º) y la Constitución de la Segunda República de 1931 (art. 8).

Hay que reconocer que *no* es cometido de las constituciones definir el territorio. Ahora bien, las constituciones de Estados federales o Estados complejos suelen

para Estados terceros. Vid. Arnold, R., *La unificación alemana (Estudios sobre derecho alemán y europeo)*, Civitas, Madrid, 1993.

⁹ Esa restricción del ámbito de aplicación territorial no podía hacerse unilateralmente por Dinamarca y, por ello, la Comisión y el Consejo entendieron que había que modificar los Tratados mediante el Tratado de 1984 que modifica y restringe ese ámbito espacial sin modificar el territorio de Dinamarca. No es un precedente de secesión pues aunque afecta a una región de un Estado miembro, dicha región ártica no se escinde o independiza de Dinamarca, de cuyo territorio sigue formando parte y sus ciudadanos siguen siendo daneses y ciudadanos de la Unión. Su tratado de “retirada” de 1984 afecta estrictamente al ámbito territorial en el que son aplicables los tratados de la UE puesto que éste puede ser inferior o superior a su propio territorio de soberanía (art. 29 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados), pero la alteración no se produce por una modificación territorial regida por la sucesión de Estados. Es más, hoy un cambio de ámbito de aplicación como el groenlandés ya no necesitaría de un nuevo Tratado, como hubo de hacerse en 1984; de acuerdo con el art. 355.6 TFUE basta una decisión unánime del Consejo a propuesta de la Comisión.

definir las regiones o partes que lo forman¹⁰, así como también aluden al territorio las constituciones que reclaman la recuperación de territorios que consideran propios pero sometidos por un hecho colonial o de guerra a un soberano extranjero.

Precisamente, España se encuentra en esas circunstancias que aconsejan incluir referencias a la composición del territorio: ha establecido una estructura compleja con un Estado fundado en la autonomía de las “nacionalidades y regiones”. Amén de no olvidar que el territorio de España ha sufrido desde el siglo XIX importantes reducciones no siempre conformes al Derecho interno e internacional y, sobre todo y más importante, que España tiene particulares problemas que afectan a nuestra integridad territorial debido a que presentamos reivindicaciones por activa y por pasiva: reivindicamos territorio (Gibraltar) que esta bajo soberanía de otro Estado (Reino Unido) y nos reivindican (Marruecos) territorio que nos pertenece de forma indubitada en Derecho (Ceuta, Melilla, Chafarinas, y los peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas). Como decía Remiro Brotóns en 1978 “[E]xplicitar la vocación de permanencia en un territorio no es superfluo cuando aquella es desafiada”¹¹.

La Constitución se refiere en varias ocasiones al “territorio español” (art. 138.1; 139.2; 158.1 y 161.1), en una ocasión al “territorio de España” (art. 68.5), en otra al “territorio nacional” (art. 19) y al “territorio del Estado” (art. 139.1). No son del todo incorrectas esas fórmulas variadas aunque en un mismo texto jurídico se debe evitar una pluralidad de términos para un mismo concepto.

También la Constitución contiene varias afirmaciones fundamentales: las relativas a que la soberanía nacional reside en el pueblo español (art. 1.2) y a la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2). Pero en estos dos preceptos fundamentales no hay referencias expresas a la integridad territorial. Preocupante.

Por el contrario, en el capital art. 8 se encomienda a las Fuerzas Armadas garantizar la soberanía e independencia y defender la integridad territorial (contexto, frente a terceros) y el ordenamiento constitucional (contexto, interno). Y de ese olvido da muestra el art. 94.1, c) de la Constitución de 1978 al permitir celebrar tratados que afecten a la integridad territorial, es decir, ceder territorio por *mayoría simple* (relación entre art. 94.1 y 74.2). Muy preocupante.

¹⁰ Alemania incluye el nombre de todos los *länders* en el preámbulo: “los alemanes de” [... lista de los *länders*...] y cierra ese párrafo de la lista así: “...han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán”. Una fórmula a tener en cuenta. Francia incluye la lista completa en el articulado mismo de los territorios extra-europeos, de todos, no tienen que avergonzarse de nada. Austria también enumera sus *länders* en el art. 2; Bélgica describe su pequeño pero complejo territorio en los art. 2 a 5; Italia enumera sus regiones en el art. 131.

¹¹ Remiro Brotóns, A, *Territorio nacional y Constitución de 1978*, Madrid, 1978, Cupsa Editorial, p. 139.

Declarar “la indisoluble unidad de la Nación española” en el art. 2.1 es encomiable, o encomendar la defensa de la integridad territorial a las FFAA tan encomiable como imprescindible, pero quizás es retórico... pues la misma Constitución permitiría en un caso extremo desenganchar territorio nacional por la mera mayoría parlamentaria si el Gobierno de España –débil o clientelar– recurre a un tratado internacional para ceder territorio nacional a un tercer Estado. Obsérvese que la integridad territorial de España solo es mencionada en dos ocasiones en la Constitución: en el art. 8 para defenderla –si nos dieran *jaque*– y el en art. 94 para entregarla, para ceder territorio, si nos llegaran a dar *mate*; la consecuencia de esa situación, como señala Antonio Remiro, es que estos tratados de cesión territorial serían “el epílogo forzoso de una situación patológica irreversible: la derrota militar”¹².

No se debe ni se puede permitir la cesión de territorio o cualquier acción que afecte a la integridad territorial y menos aún mediante Tratado cuya aprobación se hace por mayoría simple de cada Cámara. Tampoco creo que debiera permitirse por mayoría absoluta (art. 93, “cláusula europea” para atribuir el ejercicio de competencia soberana pero no su titularidad). No se debe prever, bajo ningún concepto, la posibilidad de afectar a la integridad territorial. Una constitución no puede prever ni regular la cesión de territorio de soberanía; es de una debilidad extrema frente a terceros. Y en un caso límite, si lo que se pretende por parte de nuestros taimados políticos siempre bajo el “síndrome de Almanzor”, es evitar el drama de las pasadas guerras africanas del siglo XIX y XX, en fin, si se admite la previsión de ceder territorio a terceros, debería hacerse con una mayoría cualificada similar a la revisión de la Constitución misma.

Hubiera sido conveniente, y estamos a tiempo en la inaplazable reforma de la Constitución, proclamar la *irreductibilidad* del territorio español bajo soberanía y precisar sin temor qué “nacionalidades y regiones” conforman el territorio peninsular¹³ e insular¹⁴ y las ciudades autónomas¹⁵. Es más, si constara el nombre de

¹² Remiro Brotóns, A., *Derecho Internacional Público. I. Principios Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 159. También cree que ese precepto “facilita la mutabilidad de la calificación de un espacio geográfico determinado como parte integrante o no de él” (*Territorio nacional...*, *op. cit.*, p. 148)

¹³ Claro que en 1978, en un Estado con al menos 500 años de existencia, ni tan siquiera se sabía cuáles y cuántas eran las nacionalidades y regiones, ni sus denominaciones, ni cuántas regiones uniprovinciales se iban a inventar -salvo la peculiaridad de Madrid-. Como señala S. Muñoz Machado “Se formaron comunidades uniprovinciales... con el deseo emulativo de los caciques políticos locales de dotarse de instituciones en las que poder ejercer ese prebendalismo depredatorio que, poco después, caracterizó tanto su gestión” (*Cataluña y las demás Españas*, Crítica, Barcelona, 2014, p. 116).

¹⁴ Podría haber tenido interés citar en la Constitución a los grandes archipiélagos españoles pues en el mismo año y antes de la aprobación de la Constitución de 1978, España aprobó su Ley 15/1978, de 20 de febrero, por la que se regula la Zona Económica del Mar y sus Playas (*BOE* 23 de febrero de 1978). En esta Ley España se reserva el derecho de delimitar los archipiélagos de Estado mediante el perímetro archipelágico a partir de líneas de base rectas que unan los puntos extremos de las islas e islotes que respectivamente los componen. Si se aceptara en una futura reforma citar a cada

las nacionalidades y regiones cualquier pretensión de secesión o la cesión de territorios a terceros Estados exigirían la reforma de la Constitución y con ello una amplia mayoría. Más razones para abordar la reforma constitucional e incluir, hoy, el nombre de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas.

Antonio Remiro afirmó de forma bien expresiva en 1982 que “Los jinetes de la Constitución no se han atrevido a que sus monturas piafasen sobre estas tierras movedizas, tal vez aceptando que la clave de nuestra historia es, hoy, la fuga. Han dejado a los *intérpretes* una ancha libertad...”¹⁶.

3. FRONTERAS INTERIORES Y EXTERIORES

También es habitual en el vocabulario de políticos y medios de comunicación referirse a “fronteras interiores” y “fronteras exteriores” de la UE. Los Tratados y el Derecho Derivado también utilizan esos términos pero (casi) siempre precisan que son fronteras interiores o exteriores *de los Estados miembros*. Aparecen siempre en plural y referidas, en general, claramente a la Unión y no a los Estados. Su explicación se debe a que el concepto de frontera que manejan los Tratados y normas de Derecho Derivado de la UE no siempre es el propio de Derecho Internacional¹⁷. Además es el resultado de reconocer que el proceso de la integración difumina los efectos de las fronteras de los Estados en las relaciones mutuas.

Se constata que las múltiples referencias que, en media docena de artículos del TFUE, se hace a fronteras interiores y exteriores (suelen ir emparejadas en una mención combinada) siempre es en relación con la libre circulación de personas, tanto de ciudadanos de la UE como extranjeros en el espacio común de aplicación territorial de los Tratados¹⁸. El importantísimo art. 3 del TUE sobre los objetivos de la Unión señala que

“2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin *fronteras interiores*, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las *fronteras exteriores*, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

Comunidad Autónoma por su nombre no haría falta una alusión reiterada a los archipiélagos españoles.

¹⁵ Hay tres menciones a Ceuta y Melilla (en el reparto de diputados, de senadores y en la Disposición Transitoria Quinta en relación con la opción de ser Comunidades autónomas). Pero ninguna a Gibraltar. Nuestra constitución no se inscribe entre el movimiento irredentista constitucional que reivindican territorios para recuperar la integridad territorial perdida.

¹⁶ Remiro Brotóns, A., *Derecho Internacional Público... op. cit.* p. 160.

¹⁷ Así lo expresa de forma clara el art. 77.4 TFUE, relativo a la política sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración: “El presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional”.

¹⁸ En el TUE, art. 3.2 y 21.2; en el TFUE, art. 26, 67, 77 y 170.

La más importante norma de Derecho derivado en la materia, el Código de Fronteras¹⁹, establece en su art. 1:

“El presente Reglamento dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea.

Establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea”.

El hecho de que los caracteres esenciales del proceso de integración europeo se basen en lograr un espacio interno para el libre movimiento de las personas, en efecto, hace que las fronteras entre los miembros de la UE estén difuminadas. Hemos logrado que se relativice su régimen al haber desaparecido de forma habitual algunas de las actividades tradicionales de control y vigilancia estatales entre los Estados miembros. Ahora bien, ello no significa que las fronteras entre Estados miembros o con terceros Estados hayan desaparecido o no sigan cumpliendo otros cometidos esenciales.

No debe haber dudas. Las fronteras son de los Estados miembros y no de la UE²⁰. Lo que se regula es *uniformidad* de los controles para su acceso desde Estados terceros y la *ausencia* o disolución de los controles internos en el espacio unificado.

¹⁹ Reglamento (CE) no 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento (CE), de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (DO L 105 de 13.4.2006) Conocido como *Código de Fronteras Schengen*. Es bien sabido que hay regímenes excepcionales para RU, Irlanda y Dinamarca.

²⁰ El Código de Fronteras define las fronteras interiores y exteriores (de los Estados miembros) de la UE en el art. 2: “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 1) «fronteras interiores»:

- a) las fronteras terrestres comunes, incluidas las fronteras fluviales y lacustres de los Estados miembros;
- b) los aeropuertos de los Estados miembros por lo que respecta a los vuelos interiores;
- c) los puertos marítimos, fluviales y lacustres de los Estados miembros por lo que respecta a los enlaces regulares de transbordadores;

- 2) «fronteras exteriores»: las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores; [...].”

Además del Código de Fronteras citado, el Reglamento n° 2007/2004/CE del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las *fronteras exteriores de los Estados miembros* de la Unión Europea (DO L 349 de 25.11.2004), o entre muchas normas, el **Reglamento (UE) n° 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea** (DO L 189 de 27.6.2014). (Cursiva añadida).

Los Tratados de fronteras entre los Estados miembros y vecinos en la UE siguen plenamente en vigor y cumplen sus funciones tradicionales de separar Estados soberanos, delimitar la jurisdicción de unos y otros y señalar el límite espacial de su soberanía territorial. Ni se han dado por terminados ni suspendidos.

Las fronteras siguen siendo un signo de independencia y un elemento de seguridad, incluso entre los Estados miembros, entre nosotros. Buena prueba es que las clásicas “comisiones de límites” entre Estados miembros no han sido abolidas o disueltas y que si se produce algún incidente en las marcas se corrige con acuerdos sobre operaciones concretas de demarcación que actualicen su trazado con los Estados vecinos. Incluso las fronteras llamadas interiores, las que separan el espacio de soberanía de un Estado miembro a otro, siguen existiendo frente a terceros Estados y tienen consecuencias para ellos. Los terceros Estados se dirigen al Estado miembro concernido y nunca a la UE cuando hechos o situaciones jurídicas relevantes acaecidas en el territorio del Estado miembro les afectan y constituyen, en su caso, incidentes y controversias bilaterales que no afectan a la UE²¹.

Lo que han aceptado los Estados miembros es regular en común los requisitos y condiciones del cruce de fronteras, la permanencia –ya sean estancias cortas de menos de 90 días o superiores y permanentes– así como el asilo. Por ello, es una competencia *compartida* entre los Estados miembros y la UE.

En efecto, los Tratados no afectan al concepto y régimen de la frontera para cada Estado miembro y según el Derecho Internacional (art. 77.4 TFUE) como expresión de los límites del territorio nacional donde termina la soberanía nacional. Las fronteras son de cada Estado miembro; la Unión no tiene fronteras porque carece de territorio. Los Estados miembros de una organización internacional no dotan de territorio ni de frontera a la organización que por definición no puede tener.

Las fronteras interiores siguen existiendo para los Estados miembros y el último responsable es el Estado en relación con cada nacional de terceros Estados²². Hasta

²¹ También cada Estado miembro que posea fronteras exteriores conserva su derecho a establecer *regímenes fronterizos* con las poblaciones vecinas de Estados terceros. Este sistema tradicional de tráfico fronterizo menor designa el paso regular, frecuente y por razones legítimas de la frontera exterior de la Unión Europea (UE) por ciudadanos de países vecinos de fuera de la UE que residen en las zonas fronterizas con la UE. Aunque un Reglamento lo regula es el reconocimiento de que las normas comunes de inmigración en la UE no alteran derechos inherentes de los Estados en materia de regímenes fronterizos de vecindad [Reglamento (CE) n° 1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen (DO L 405, de 31 de diciembre de 2006)].

²² En último término cada Estado miembro decide si un nacional de tercer Estado no debe entrar en su Estado (y en la UE); muchos preceptos del Código de fronteras reiteran, con diversas variantes, que el Estado que hace el control de frontera apreciará, por ejemplo, “si el nacional de un tercer país interesado, su medio de transporte y los objetos que

tal punto de que en un precepto del TFUE establece una salvaguardia general a favor del Estado en la aplicación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: en el art. 72 TFUE, la UE acepta el respeto a las responsabilidades de los Estados en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia –en el conjunto del Título V del TFUE–. Y normas fundamentales, como el Códigos de Fronteras y otras, reconocen que el Estado puede reasumir su competencia si hay amenaza grave para el orden público y la seguridad interior, pudiendo restablecer excepcionalmente el control de sus fronteras (interiores y exteriores) durante 30 días (prolongables) debiendo advertir e informar de ello al público y resto de Estados, como ha sucedido en septiembre de 2015 en la llamada “crisis de los refugiados”. Lo pueden hacer ante acontecimientos previsibles (deportivos, cumbres internacionales...) o por una urgencia (Cap. II del Código, *Restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores*).

Con mayor razón, las fronteras exteriores que delimitan el espacio de soberanía de un Estado miembro con un Estado tercero (por ejemplo, la frontera terrestre con Marruecos en las ciudades de Ceuta y Melilla, o la de Finlandia y los Estados bálticos con Rusia, o la de Bulgaria y Grecia con Turquía, etc.) o donde se ejerce el control de personas como los aeropuertos internacionales o en espacios marítimos son responsabilidad plena de Estado miembro a todos los efectos. En esa responsabilidad plena incluye la obligación de aplicar las normas de la UE sobre las condiciones de entrada de los nacionales de terceros Estados en la UE pero también que la decisión última en relación con cada nacional de un tercer Estado es del Estado ante el que el extranjero se presenta²³.

Son varias disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la UE las que nos recuerdan ese derecho del Estado miembro a su autoconservación cuando las funciones esenciales del Estado son atacadas o se ven amenazadas. Además del citado art. 72 TFUE para todo el ámbito del ELSJ y otros preceptos (art. 36, 45, 52, 65, 346 TFUE), el art. 347 TFUE permite adoptar a los Estados derogaciones de normas sobre el funcionamiento del mercado interior en caso de guerra, graves disturbios, graves tensiones internacionales o para cumplir obligaciones contraídas –con la ONU, claro está, aunque no se la menciona– para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Esas normas siempre han ofrecido al Estado miembro suficientes fundamentos jurídicos en el respeto del Derecho de la Unión para que excepcionalmente, y mientras dure esa situación, se desmarque de aquellas normas europeas que le puedan impedir el cumplimiento de sus funciones esenciales como Estado en el control de su territorio.

transporta no se prestan a poner en peligro el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de alguno de los Estados miembros”.

²³ Sin perjuicio del derecho del Estado miembro de rechazar a concretos nacionales de Estados terceros, en particular, puede denegar la admisión cuando un Estado miembro considere, basándose en una evaluación fáctica, que el nacional de un tercer país de que se trate constituye una amenaza potencial para la seguridad o el orden público o para la salud pública.

El conjunto de normas sobre cruce de fronteras y asilo están pensadas para el día a día normal y caso a caso de cada persona nacional de un tercer Estado. La política común de inmigración es seguramente mejorable, habida cuenta de la experiencia de estos años y algunas crisis, como la reciente de los refugiados. Muy distinto es, en efecto, las situaciones patológicas, es decir, las afluencias repentinas y masivas de personas que buscan protección internacional: el Tratado da una respuesta específica y distinta en el art. 78.3 TFUE²⁴.

Mas tarde ya en septiembre de 2015, ante la presión de los *media* y la decidida, pero algo precipitada²⁵, posición de la Canciller alemana, Angela Merkel, no sin dificultades, el Consejo aprobó la Decisión (UE) 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015 para repartir cupos de refugiados y facilitar su reubicación, así como la financiación de todas las operaciones²⁶. Difícilmente aplicable pues a lo largo de 2015 en torno a un millón largo de refugiados habían ya entrado en la UE sin control alguno provocando la restauración de controles en fronteras en varios Estados y amenazando al sistema mismo de libre circulación al desbordar los interconectados sistemas de identificación e información. Además de la inseguridad sobre la vida de esas personas (en especial niños y mujeres) que pueden desaparecer víctimas de las mafias de tráfico de órganos y de personas de sin dejar rastro alguno.

No se debe olvidar que la política de cruce de fronteras, es decir, las normas de inmigración, asilo y visados es competencia *compartida* entre los Estados miembros y la UE y en la que los Estados miembros, en el respeto a las normas comunes, tienen la última palabra, la responsabilidad primaria en todos los órdenes, en su control y en su defensa.

²⁴ Desarrollado mediante la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (*DO L 212, 7.8.2001*). Establece un dispositivo excepcional en caso de llegada masiva a la Unión Europea (UE) de nacionales de terceros Estados que no pueden volver a sus países, especialmente por motivos de guerra, violencia o violaciones de los derechos humanos. No es una puerta sin control para personas que califiquen su propia situación unilateralmente o las ONGs.

²⁵ Es loable la generosidad de su actitud, pero hay que reconocer que no midió las consecuencias de su oferta de 800.000 posibles refugiados a acoger por Alemania. El efecto llamada es claro: la precipitada huida de decenas de miles o de un número aún indescifrable de familias que se pondrán en manos de los grupos ilegales que trafican con las personas; ciertos los graves riesgos para la seguridad de toda la UE; además de no dejar claro y no precisar que serían solo personas susceptibles de protección internacional –procedentes de Siria, Afganistán e Irak– y no la inmigración en general.

²⁶ Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015 por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. *DO L 248, de 24 de septiembre de 2015*. (Se excluye a Dinamarca, Reino Unido e Irlanda).

4. RESPETO Y DEFENSA DE LA INTEGRIDAD TERRITORIAL DEL ESTADO

El art. 4.2 TUE, hay que recordarlo de nuevo en este trabajo, establece la obligación de respeto de la propia UE a la integridad territorial de sus miembros (“respetará”). La UE no puede llevar a cabo actuaciones políticas o normativas que puedan perjudicar la integridad territorial. No puede haber ninguna injerencia de la UE en la conformación del territorio legal de sus miembros.

El art. 4.2 TUE muestra el respeto de la Unión al derecho del Estado a su territorio como elemento de identidad y a garantizar su integridad territorial y seguridad, en definitiva, a conservar sus funciones esenciales como Estado y que éstas son responsabilidades exclusivas del Estado. El desempeño de las responsabilidades internas y externas del Estado miembro no se ve condicionado negativamente por su pertenencia a la Unión. La UE no absorbe ni disuelve las capacidades estatales.

La unidad nacional y la integridad territorial no es un asunto de competencia de la UE. La obligación de la Unión es respetar la plena capacidad del Estado en su defensa de la integridad territorial (art. 4.2 TUE). Por ello, aunque en septiembre de 2015 hemos oído decir a dirigentes europeos que merecen mi máximo respeto, como la Canciller germana Angela Merkel, que el respeto a la integridad territorial está garantizada *por* la UE no es cierto. Se agradece, y mucho, su valor en el contexto en que lo hizo y todos entendimos el mensaje de fondo que enviaba.

El Derecho internacional y europeo establecen, por el contrario, que es función del propio Estado, que el Estado afectado es el que tiene el deber y el derecho a defenderlo y hacerlo respetar, interna y externamente.

De entrada, es conveniente recordar que la obligación de respeto a la integridad territorial y el derecho a defenderla no es un principio propio de la UE sino que lo es de alcance universal, propio del Derecho Internacional General, principio estructural o fundamental de este sistema, aceptado por los Estados y la práctica institucional de la ONU y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia²⁷.

La Carta de Naciones Unidas lo recogió como el primero de todos los principios que regulan las relaciones internacionales en su formulación clásica y abstracta de la “igualdad soberana de todos sus Miembros” (art. 2.1 Carta ONU). La Resolución 2625 (1970) desarrolla y concreta el contenido jurídico de los principios del Derecho Internacional declarando, entre otras precisiones, que “La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables”²⁸. No era nuevo; es el estatuto

²⁷ Sin entrar a detallar Resoluciones del Consejo de Seguridad, es constante la actitud de defensa de la integridad territorial de los Estados por parte del Consejo cada vez que, al margen del acuerdo entre el Estado afectado, ha habido un ataque a la integridad territorial por parte de otro Estado o intentos de anexión total o parcial por parte de otro Estado o de partición o secesión instigada por fuerzas políticas rebeldes o sediciosas (Chipre, República Democrática del Congo, Somalia, Sudán...).

²⁸ En el Preámbulo de la Resolución 2625 (1970) y, además, se repite al desarrollar otro principio -el de libre determinación- se advierte “de que todo intento de quebrantar parcial

jurídico-internacional clásico del Estado al menos desde el siglo XVII. Otro gran texto europeo como el Acta de Helsinki asimilaba ese principio como fundamental²⁹.

En coherencia con el Derecho internacional, el Derecho de la UE establece que es función esencial del Estado miembro “garantizar su integridad territorial”. Por tanto, garantizar la integridad territorial del Estado miembro no es función ni competencia de la UE sino función primigenia del propio Estado. No solo no se le puede ni debe endosar a la UE, es que ni tan siquiera es una competencia compartida con la UE. La UE no es la obligada a garantizar la integridad territorial de sus miembros.

Territorio e integridad territorial son dos bienes de la exclusiva competencia del Estado. Dueño y señor del territorio.

Y como tal se reconoce un derecho inherente a su condición de Estado a defenderlo. La Unión no ha asumido ni la obligación de defender el territorio de cada Estado ni dispone del monopolio de la coerción legítima –que sigue residiendo en cada Estado– o de un ejército propio. Esa función esencial del Estado es intransferible e irrenunciable, al menos en este estadio histórico mientras la Unión tenga su fundamento en el Derecho Internacional.

Un hecho distinto es que el ataque a la integridad territorial de un Estado miembro *por terceros Estados* suscitará la solidaridad de los miembros de la UE y la acción colectiva de legítima defensa, aunque sin ninguna obligación concreta y, en todo caso, endosada a la OTAN y el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte. En efecto, el Estado agredido o amenazado puede recabar la solidaridad de la Unión y de sus Estados miembros en los casos y contextos previstos (art. 42.7 TUE y 222 TFUE).

Dado que la permanencia del Estado es una condición *sine qua non* de la existencia misma de la Unión, su salvaguardia es una cuestión *pre-jurídica* que no admite condicionantes ni subordinación al Derecho de la Unión. El Estado miembro tiene derecho a ejercer sus funciones esenciales en orden a su conservación sin más límites que los del Derecho Internacional (respeto a los núcleos duros de los convenios sobre derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario).

Sólo el Estado miembro decide sobre la defensa de su territorio y de su seguridad interna y externa con todos los medios jurídicos del ordenamiento constitucional. El Derecho internacional autoriza al Estado víctima de la violación de su integridad territorial, incluida una secesión por la vía de los hechos, a que se restituya su unidad nacional, fracasados todos los medios pacíficos, políticos y jurídicos del Estado de Derecho y, por tanto, a recurrir como *ultima ratio* a la coerción armada, para defender

o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país o su independencia política es incompatible con los propósitos y principios de la Carta”. El convencimiento sobre el carácter básico y previo de este principio es incontestable.

²⁹ “Los Estados participantes respetarán la igualdad soberana y la individualidad de cada uno de ellos, así como todos los derechos inherentes a su soberanía y comprendidos en ella, incluyendo, en particular, el derecho de todo Estado a la igualdad jurídica, a la integridad territorial y a la libertad y a la independencia política”.

o, en su caso, restablecer, la soberanía e integridad territorial mediante el uso proporcionado de la fuerza permitidos por el orden internacional y dentro de sus límites (respeto a obligaciones convencionales en materia de derechos humanos y derecho humanitario).

En conclusión, en materia de territorio y fronteras, los Estados miembros tienen un compromiso jurídico y político con la Unión, pero también la Unión debe permitir al Estado miembro desenvolverse como tal en el orden interno y externo y, de forma especial, tiene que dar preferencia el cumplimiento de las obligaciones del Estado cuando se trata de su autoconservación preservando el orden público dentro de sus fronteras, la seguridad de su territorio y su integridad territorial.

Luego, el respeto al territorio, a las fronteras que delimitan la integridad territorial y la seguridad interna y externa del Estado miembro es un *a priori* del sistema jurídico-político de la Unión.

B) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

**DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE
TRABAJADORES. DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA
APLICABLE EN EL PROCESO SOCIAL ESPAÑOL.
ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO**

Javier Fernández-Costales Muñiz
Ed. Eolas, León, 2015

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León

Con la presente obra, el Dr. Fernández-Costales Muñiz se une a la escasa nómina de autores que se han ocupado del estudio de la incidencia de la apertura general de los mercados sobre los movimientos migratorios y, en definitiva, sobre las relaciones laborales. Se trata, sin duda, de una obra minuciosa, sólida y completa, esto es, de un esfuerzo serio apoyado en un ingente análisis doctrinal y jurisprudencial, que enriquece el panorama laboral en una materia de absoluta actualidad.

El autor describe los problemas que plantea la deslocalización y fragmentación de la actividad productiva, fenómenos que facilitan a la empresa la posibilidad de ampararse en previsiones laborales y de Seguridad Social que permiten un ahorro importante en costes de personal, con el riesgo de crear desigualdades a escala mundial. Ahora bien, lejos de limitarse a reconocer los inconvenientes del modelo de competencia global, intenta aprovechar sus ventajas en tanto contribuye a revitalizar la economía de ciertos sectores geográficos, con el fin último de diseñar instrumentos que conjuren sus sombras. Todo ello sin olvidar, con un incuestionable dominio de las técnicas del Derecho Internacional Privado, que en el marco de la nueva sociedad globalizada los movimientos migratorios constituyen una realidad imparable, en la que confluye un doble cúmulo de factores de difícil ensamblaje: de un lado, la necesidad de construir un marco jurídico regulador a escala internacional y, de otro, los límites territoriales y legislativos de los distintos Estados.

Cierto es, como con contundencia señala el autor, que las migraciones han venido constituyendo una constante a lo largo de muchos siglos, tantos casi como la historia de la humanidad, convirtiendo a unos países en Estados receptores y a otros en emisores de una mano de obra generalmente movilizadas desde territorios menos desarrollados hacia aquéllos en los cuales existen posibilidades de alcanzar un mayor nivel de vida. No menos verdad resulta, sin embargo, que las migraciones del presente son muy diferentes a las de épocas anteriores, pues los desplazamientos de

capital, bienes y servicios, hacia paraísos fiscales o hacia demarcaciones geográficas dotadas de inferiores estándares de protección social, conllevan, a su vez, los de personas por un período limitado de tiempo a decidir precisamente por quien proporciona el empleo. Y es que las nuevas realidades laborales derivadas de un mundo empresarial globalizado implican una evidente inseguridad locativa para el trabajador, cuyo lugar de prestación de servicios se convierte en un elemento secundario ante la necesidad de encontrar un empleo o mantener el propio.

Bajo tales premisas, es menester recordar que en anteriores décadas la operatividad de estos desplazamientos quedaba circunscrita únicamente a trabajos cualificados o especializados, como deportistas, artistas o altos directivos, si bien actualmente esta realidad se ha extendido a todas las capas de la población activa, suscitando conflictos entre normas jurídicas de los ordenamientos de diferentes Estados, bien dentro de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, bien alcanzando a sistemas de terceros países.

El Dr. Fernández-Costales Muñiz realiza, con gran seriedad, un repaso de los principios básicos de la construcción europea condicionantes de los desplazamientos de trabajadores, preocupados tanto de la protección del estatuto del desplazado como de la interdicción de distorsiones en la competencia empresarial, para centrarse después en la determinación de la Ley aplicable a estos supuestos. Asimismo, y con una extraordinaria lucidez expositiva en un tema harto complejo, desgrana los litigios y controversias que los Tribunales españoles tienen que resolver aplicando las disposiciones propias de un ordenamiento extranjero, estableciendo, al tiempo, los efectos y consecuencias de la alegación y prueba de dicho sistema jurídico, así como de la falta de acreditación, dando cuenta, a la postre, de la polémica judicial existente, sin dejar de aportar atinadas soluciones.

En fin, intentar esbozar en breves líneas el contenido del estudio en presencia ha supuesto no sólo un desafío sino un real imposible a riesgo de desmerecerlo o distorsionarlo. Únicamente cabe limitar el objetivo a significar alguna de sus líneas maestras, advirtiendo al lector de la claridad de esta obra sobre un tema de la máxima actualidad en el ámbito jurídico laboral, todo ello avalado por el reconocido prestigio de la pluma de su autor. La enorme virtualidad de este libro, que puede llegar a calificarse como brillante, radica en haber encontrado un punto de equilibrio entre su relevancia teórica y su considerable trascendencia práctica en uno de los temas de mayor complejidad técnica a los que puede enfrentarse el jurista.

C) NOTICIAS DE INTERÉS
JURÍDICO-ACADÉMICO

I. RELATORÍAS DE LAS I JORNADAS NACIONALES DE DERECHO Y CIBERSEGURIDAD

Evento académico desarrollado los días 20 y 21 de octubre de 2015, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Coordinado por la Prof. Dra. Dña. Isabel Durán Seco (Profesora Contratada Doctora (acr. Profesora Titular) de Derecho Penal en la Universidad de León) y por D. Francisco Pérez Bes (Secretario General de INCIBE, Abogado, Especialista en Derecho TIC).

Primera ponencia: **“Retos de la ciberseguridad en España”**

Ponente: **Dña. Alejandra Frías López**, Magistrada Asesora del Ministerio de Justicia, Vocal del Consejo Nacional de Ciberseguridad

Moderadora: **Dña. Marisol Aldonza Vivanco**, Departamento Jurídico INCIBE

Relatora: **Dña. Patricia Prieto Padín**, Investigadora contratada predoctoral FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en la Universidad de León

Tras la inauguración formal de las I Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad, se da paso a la primera ponencia del evento. Dña. Marisol Aldonza Vivanco (Técnico Jurídico del INCIBE), desempeñando el papel de moderadora, presenta a Dña. Alejandra Frías López (Magistrada Asesora del Ministerio de Justicia y Vocal del Consejo Nacional de Ciberseguridad), encargada de ilustrar al cuantioso auditorio asistente sobre los “Retos de la ciberseguridad en España”. Agradeciendo la oportunidad de disertar en el ámbito académico universitario, donde –apunta– radica el germen de la sociedad y actividad profesional del futuro, el objetivo de su intervención centra la atención principalmente en aportar una visión integradora o global sobre el pasado y presente de las actuaciones en materia de ciberseguridad en España, así como sus perspectivas de futuro, abarcando también la perspectiva de coordinación y cooperación entre todos los agentes implicados.

En primer lugar, considerando que España no puede ser entendida sin Europa, su discurso focaliza el interés hacia el análisis del marco europeo en materia de ciberseguridad, haciendo hincapié y desglosando las ideas o aspectos fundamentales de los siguientes textos: 1) Estrategia de Ciberseguridad de la UE de 2013, analizando cómo las TIC’s constituyen la piedra angular de nuestro crecimiento económico; 2) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre el tema ciberataques en la UE, de 10 julio 2014, en virtud del cual todas las empresas deberían estar obligadas por ley en mantener un enfoque proactivo para protegerse

de los ataques en la red, al tiempo que procedería garantizar una formación del personal sobre las políticas de seguridad de la información¹ semejante a la que existe sobre asuntos de salud y seguridad laboral; 3) Conclusiones del Consejo de la UE sobre la Ciberdiplomacia, de 11 febrero 2015, el cual recuerda la necesidad de entender que las mismas normas, principios y valores que rigen en el mundo físico o real deben ser aplicables en el ciberespacio, en concreto derechos fundamentales y libertades públicas; 4) Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, de 6 mayo 2015, afirmando el necesario enfoque o tratamiento transversal las TIC; 5) Agenda Europea de Seguridad 2015-2020, presentada por la Comisión Europea el 28 abril 2015; 6) Conferencia General sobre el Ciberespacio, La Haya, abril 2015, en la cual quedó patente que, después de la prostitución y el tráfico de drogas, el cibercrimen es la modalidad delictiva más lucrativa; en fin, 7) Informe de evaluación sobre la 7ª ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL sobre la ciberdelincuencia, del Consejo de la UE.

En segundo término, y acotando el campo de análisis, fue examinado en detalle el marco de actuación nacional. Frías López destacó cómo el gobierno español, para cumplir con el objetivo prioritario –unánime en numerosos países– de garantizar la seguridad en el ciberespacio, ha centrado sus esfuerzos en la coordinación y colaboración, para lo cual ha establecido un marco regulador con un enfoque multidisciplinar, materializado en diversas actuaciones: la elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional (31 mayo 2013) y la Estrategia de Ciberseguridad Nacional (5 diciembre 2014), la creación del Consejo Nacional de Ciberseguridad (CNCS), la redacción del Informe Anual de Seguridad Nacional (el último de 24 abril 2015), como documento pionero en el mundo o, en fin, la aprobación del Plan Nacional de Ciberseguridad (31 octubre 2014), así como los Planes Derivados (14 julio 2015) de carácter transversal que versan, desde la cooperación internacional y a nivel europeo, la ciberdefensa o el intercambio de información sobre ciberamenazas, pasando por la ciberseguridad en las Administraciones Públicas, la protección en los sistemas que soportan infraestructuras críticas, el plan contra la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo o la protección de las TIC en el sector privado², hasta el plan de cultura de ciberseguridad o referido al desarrollo industrial, capacitación de profesionales y refuerzo de la I+D+i, el cual prevé la modificación de los planes de estudio en los ámbitos técnico, operativo y jurídico.

Posteriormente, Frías López focalizó su intervención en el Plan contra la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo, donde el Gobierno español aboga por una actualización permanente de los instrumentos y herramientas legales. Tras explicar la reciente actividad legislativa impulsada por el Ministerio de Justicia (amparada por normas internacionales), la cual cristaliza, tanto en el ámbito de la tipificación

¹ Un esbozo en KIRSCH, L. y BOSS, S.: “The last line of defense: motivating employees to follow corporate security guidelines” en AA.VV.: *Proceedings of the 28th International Conference on Information systems*, Montreal, 2007, en: <http://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=icis2007>.

² En el ámbito de las relaciones laborales, resulta de gran interés la obra de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant Lo Blanch (Valencia), 2015, 300 págs.

penal (LO 1/2015 y LO 2/2015, de 30 de marzo) como en el campo de la investigación criminal (LO 13/2015, de 5 de octubre), recordó cómo, pese a la importancia en asuntos de ciberseguridad de la colaboración público-privada y el principio de responsabilidad compartida, la Administración Pública debe reservarse un papel predominante al amparo del art. 103 CE, el cual ordena satisfacer las necesidades derivadas del interés general.

Para finalizar, Frías López –invitando a la reflexión individual– evocó tanto la Recomendación de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la protección de la privacidad en internet³, como varios pronunciamientos judiciales⁴. Asimismo, recalcó que el gran reto de la sociedad del siglo XXI viene representado en saber encontrar en este ámbito el punto de equilibrio adecuado entre los derechos que afectan a la seguridad y cuantos atañen a la privacidad.

La moderadora agradeció a la ponente su participación en las Jornadas, destacando la calidad de sus ideas y el conocimiento de las normas e interpretación de las mismas, así como sus enriquecedoras aportaciones de cara al presente y futuro. El interés por la intervención de Dña. Alejandra Frías López quedó refrendado por el interesante turno de preguntas-debate entre los asistentes que cerró su participación en el evento.

Comentarios de la relatora

El indudable desarrollo del ciberespacio y, con ello, el auge de toda clase de interacciones comerciales, sociales y gubernamentales en el mismo, ha acarreado una simultánea proliferación de ciberataques. La preocupación por identificar, prevenir, controlar y neutralizar o contraatacar este tipo de acciones delictivas y, sobre todo, por asegurar la protección de las infraestructuras críticas y el respeto de los derechos y libertades fundamentales se ha materializado en una proliferación normativa evidente, tanto a nivel supranacional como estatal. Aun cuando las actuaciones llevadas a cabo sirvan para paliar o afrontar los graves problemas que despierta la era digital –en un campo de batalla que no conoce de fronteras geográficas, en permanente mutabilidad y susceptible de provocar daños con impactos transversales en todos los ámbitos y disciplinas–, siempre existirán retos a superar que exigen considerar múltiples aspectos: desde la necesidad de alentar una mayor concienciación de los ciudadanos o la conveniencia de ofrecer una formación especializada, hasta la ineludible y permanente tarea de coordinación y cooperación

³ La cual ya advertía cómo “el uso de internet supone una responsabilidad en cada acción e implica riesgos para la intimidad, por cuanto cada visita a un sitio de Internet deja una serie de ‘rastros electrónicos’ que pueden utilizarse para establecer ‘un perfil de su persona y sus intereses’”.

⁴ En lo sustancial, la STS 24 febrero 2015 (Rec. 1774/2014) que consagra una especie de derecho al propio entorno virtual y la STJUE 6 octubre 2015, Asunto C-362/14, Maximiliano Schrems v Data Protection Commissioner, que invalida el Marco de Puerto Seguro (Safe Harbor) entre Estados Unidos y Europa.

de todos los actores implicados en punto a seguridad cibernética en los diferentes países, única vía para luchar de una manera más proactiva y eficaz contra lo que no deja de ser una amenaza para la comunidad.

Segunda ponencia: **“La fiscalía de cibercriminalidad informática”**

Ponente: **Dña. Elvira Tejada de la Fuente**, Fiscal Coordinadora de la Fiscalía de Cibercriminalidad informática

Moderador: **D. Francisco Pérez Bes**, Secretario General de INCIBE, Abogado, Especialista en Derecho TIC

Relatora: **Dña. Stephania Serrano Suárez**, Doctoranda del Programa “Estado de Derecho y Gobernanza Global” de la Universidad de Salamanca, Colaboradora Honorífica del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de León

Dña. Elvira Tejada de la Fuente inicia su intervención señalando que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación ha tenido incidencia en el ámbito de la ciberdelincuencia. En concreto, esto se evidencia en el surgimiento de nuevas conductas capaces de lesionar bienes jurídicos necesitados de protección, como son, por ejemplo, los daños informáticos o los accesos ilegales a los sistemas informáticos. De igual forma, están apareciendo nuevas formas de cometer actos ilícitos tradicionales que ya estaban tipificados como delitos por los ordenamientos jurídicos pero que como consecuencia de desarrollarse por las nuevas tecnologías aparecen variaciones en la ejecución criminal que hacen que no encajen bien en los tipos penales existentes. Esto representa un gran reto para el legislador, pues sobre este emerge la necesidad de redefinir las conductas delictivas existentes o de dar lugar a la creación de nuevas figuras jurídicas con las cuales hacer frente a este fenómeno.

A la variación en la forma de comisión de determinados delitos y la pluralidad de bienes jurídicos afectados, se añade el incremento progresivo de este tipo de investigaciones. Tejada de la Fuente señala que al hablar de ciberdelincuencia no estamos hablando de una categoría cerrada y concreta de algunos delitos, sino de un fenómeno criminal transversal que afecta a bienes jurídicos de distinta naturaleza: a la intimidad, al honor, a la libertad, a la seguridad, a la indemnidad sexual de los menores (acoso, pornografía infantil a través de internet); así como también afecta bienes de carácter patrimonial (el número más elevado de investigaciones son prácticamente estafas y fraudes informáticos) y puede afectar también a la seguridad colectiva (delitos como la utilización de internet con finalidad terrorista).

Tejada de la Fuente asegura que esta evolución cualitativa y cuantitativa del fenómeno hace que resulte problemático definir el concepto de ciberdelincuencia. Así, la ponente señala que si bien en 2010 se presentó una reforma en cuanto a estos delitos, ya fue necesaria otra en 2015, pues los tipos penales ya no eran suficientes.

Pero, según Tejada de la Fuente, no solamente es importante tener tipos penales adecuadas para actuar frente a determinadas conductas, sino que también resulta importante tener unas buenas herramientas de investigación, pues estos delitos no pueden investigarse con las técnicas tradicionales, por lo que es imprescindible que se usen en las investigaciones las mismas herramientas informáticas o tecnológicas que permitan lograr condenas para los responsables de esas conductas. La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal tiene en cuenta lo anterior. Así, el legislador ha creado unas herramientas tecnológicas novedosas como el agente encubierto en la red o el registro remoto en sistemas informáticos (a través de un virus hacer una investigación criminal, autorizada policialmente).

Tejada de la Fuente sostiene que también es necesario reforzar la cooperación internacional, debido a que los delitos que aquí se analizan no tienen territorios ni límites, ya que pueden estarse ejecutando en distintos lugares al mismo tiempo. La colaboración debe realizarse bajo los parámetros de: aproximación normativa y reforzamiento de los instrumentos de cooperación internacional. La convención de Budapest, el documento a nivel internacional más importante, aunque está circunscrito al ámbito del Consejo de Europa, ha sido firmado por muchos países que no son miembros del consejo de Europa y ahí es donde se está creando un marco común de normas comunes para fundamentar una buena cooperación en la investigación criminal. Respecto al ámbito de cooperación en materia de prueba, Tejada de la Fuente puntualiza que la Policía o el Ministerio Fiscal pueden ordenar al operador de comunicaciones o a cualquier persona que tenga a su disposición datos informáticos que los conserve para investigaciones, mientras se logra una autorización judicial. Asimismo, la ponente señala que se ha propuesto la cooperación con Latinoamérica, con las mismas características como la que existe en Europa.

Tejada de la Fuente afirma que los nuevos fenómenos criminales generan para el Ministerio Fiscal el reto de ser eficaces en la actuación o intervención judicial, sin que ello suponga limitar o restringir los derechos y libertades fundamentales de las personas, de conformidad a un respeto absoluto a las garantías de un Estado Social de Derecho. En ese sentido la entidad ha hecho una apuesta por la especialización. La función del Ministerio Fiscal es la defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y de interés general y se rige por cuatro principios: 1) Legalidad, 2) Imparcialidad, 3) Unidad de actuación y 4) Dependencia jerárquica. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se reformó mediante la ley 24/2007, con el fin de darle mayor autonomía, realizar un despliegue territorial adecuado y fortalecer la especialización, que tiene como finalidad abordar de forma especial los fenómenos criminales más complejos, coordinar investigaciones que afectan a diferentes territorios, potenciar el principio de unidad de actuación y favorecer las relaciones entre otros instituciones y organismos. Para ello se tienen en la Fiscalía: Fiscalías especiales y redes nacionales de especialistas. En cuanto al área de especialización de criminalidad informática, Tejada de la Fuente sostiene que existen tres hitos fundamentales: la creación de la plaza de Fiscal de Sala de criminalidad informática, la publicación de instrucción (2/2011) FGE, y por último la creación de servicios territoriales de criminalidad informática.

En síntesis, la organización del área de especialización del Ministerio Fiscal es del siguiente modo: 1) Fiscal de Sala Coordinador, 2) Fiscales Adscritos, 3) Red nacional de Fiscales Delegados Provinciales. El Fiscal de sala coordinador en materia de criminalidad informática (en el 2007 hubo un antecedente, pero se crea en el 2010) tiene competencia a nivel nacional para dirigir o intervenir en cualquier investigación en territorio nacional que desarrolle en esta materia. La instrucción pretende definir las materias objeto de especialización y definir funciones tanto del Fiscal de Sala como de red de especialistas. Para identificar los delitos competencia de la especialidad, debe aludirse a qué se entiende por criminalidad informática: 1) Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TIC's; 2) Delitos en los que la propia dinámica criminal se encuentra plenamente vinculada al uso de las TIC's; y, 3) Delitos en los que la actividad criminal se sirve de las TIC's para su ejecución y cuando como consecuencia de ello se genere una especial complejidad en la investigación (la que a su vez demande de conocimientos específicos en la materia).

Según Tejada de la Fuente, algunas de las funciones del Fiscal de Sala son: coordinar y fijar criterios de actuación, supervisar el funcionamiento de los servicios en cada fiscalía de criminalidad informática, incoar diligencias de investigación en casos excepcionales, además de coordinar las que llevan los demás fiscales. Igualmente, realiza una memoria anual, a partir de información de todas las provincias, la cual se ofrece al legislador y al ejecutivo para el diseño de políticas criminales en esta materia. Por otra parte, las secciones de criminalidad informática se encuentran en las fiscalías provinciales, excepcionalmente en fiscalías de área. En función de las necesidades en esta materia se han ido reforzando los servicios territoriales. Su dirección está a cargo del delegado provincial, que debe coordinar su servicio, potenciar la unidad de actuación en la provincia, coordinación de investigaciones, mantener el contacto dentro del territorio con fuerzas de seguridad y unidad de investigación, realizar un control de procedimientos y elaborar el informe anual que evidencia qué problemas se detectan.

Como conclusión, Tejada de la Fuente señala que las áreas de especialización tienen como objetivo: 1) La unificación de criterios interpretativos de normas penales y procesales; 2) El establecimiento de pautas uniformes de actuación; 3) La coordinación a nivel nacional de investigaciones; 4) Fuerzas y Cuerpos de seguridad (Instrucción 1/2008 FGE); 5) Seguimiento y control de procedimientos judiciales y diligencias de investigación, 6) Facilitar cooperación con otras instituciones y organismos y 7) La cooperación internacional. Finalmente, Tejada de la Fuente asegura que se están dando pasos en esta materia en una buena dirección aunque todavía falta mucho camino.

Comentarios de la relatora

La propia arquitectura de los sistemas informáticos y la dificultad de persecución y por ende de intervención del Derecho penal en el ámbito del ciberespacio, hace necesaria la especialización y de cooperación para combatir el cibercrimen. En el ámbito de la cooperación, coadyuvo lo señalado por la ponente en la posibilidad,

viabilidad y necesidad de reforzar la cooperación con América y en general una cooperación mundial. También es necesario en todo caso, para permitir “la alerta temprana”⁵, difundir información de los nuevos métodos, patrones y herramientas de ataque para poder recomendar mecanismos de protección adecuados. Los problemas planteados en el ámbito del cibercrimen se presentan en materia sustantiva y procesal, se refieren a la jurisdicción y competencia de los tribunales, a la intervención de comunicaciones a través de sistemas informáticos, a la diligencia de entrada y registro con intervención de material informático y en general a la naturaleza y licitud probatoria de la información digitalizada⁶. Finalmente, cabe indicar que los esfuerzos del legislador en la tipificación de las conductas no alcanzan a solventar la problemática que se encuentra en constante evolución, lo que dificulta ofrecer una respuesta jurídica adecuada.

Tercera ponencia: **“Aspectos de Derecho Público de la ciberseguridad”**

Ponente: **D. Alberto Torró Molés**, Abogado del Estado, Jefe en León

Moderadora: **Dña. María José Santos González**, Departamento Jurídico INCIBE

Relatora: **Dña. Marta González Aparicio**, Investigadora en la Universidad de León

La tercera ponencia de las efectuadas en la primera jornada corrió a cargo de D. Alberto Torró Molés, Abogado del Estado Jefe en León, en mesa moderada por Dña. María José Santos González, perteneciente al Departamento jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad –INCIBE–. La ponencia versó sobre los aspectos de Derecho Público de la ciberseguridad, y en la misma se realizó un análisis de la legislación administrativa aplicable en éste ámbito, la cual ha sufrido profundos y recientes cambios,-y así se destacó a lo largo de la exposición-, así como la forma en la que se aplica esta legislación y las perspectivas de futuro en relación a su desarrollo y resultados.

D. Alberto Torró inició su ponencia poniendo en relieve la estrecha relación entre el Derecho Público y la ciberseguridad, relación que en la ciudad de León se ha materializado en el convenio de colaboración suscrito entre el INCIBE y la Abogacía del Estado en León, colaboración que incide fundamentalmente en el asesoramiento y representación en cuestiones de índole jurídico.

El ponente destacó las importantes novedades legislativas que afectan de manera directa al Derecho público de la ciberseguridad, las cuales se condensan en dos textos legales de reciente aprobación:

⁵ MOLIST, MERCÉ y MEDINA, MANEL. *Cibercrimen*. Barcelona. Tibidabo ediciones. 2015, págs. 195 y 202.

⁶ FLORES PRADA, IGNACIO. *Criminalidad informática*. Valencia. Tirant Monografías. 2012, pág. 302.

1. Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.
2. Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

A continuación, expuso con detalle el contenido de las reformas contenidas en sendos textos legales, así como la estructura y apartados más relevantes de cada uno de ellos.

En primer lugar, la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional, la cual es fruto de diferentes esfuerzos, fundamentalmente los derivados de la Estrategia de Seguridad Nacional y de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad. Como novedades destacables, el Título Preliminar de este texto legal incorpora una definición de seguridad nacional en su artículo 3, vinculando tal definición con distintos valores constitucionales, lo que ofrece sin duda una idea de la trascendencia de la misma y del calado de que el legislador la ha querido dotar. Así, el mencionado precepto señala *“A los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos”*.

Por otro lado, la Ley 36/2015 identifica en su artículo 10 lo que denomina “ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional”, refiriéndose en primer término a la ciberseguridad. El mencionado precepto establece que tales ámbitos requieren una atención específica por resultar básicos para preservar los derechos y libertades, así como el bienestar de los ciudadanos, y para garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales. A fin de proteger estos extremos, este texto legal impone una serie de obligaciones específicas a las Administraciones públicas, las cuales recaen sobre los siguientes aspectos:

- Política de Seguridad Nacional (art. 4) y Cultura de Seguridad Nacional (art. 5).
- Conferencia Sectorial para los Asuntos de Seguridad Nacional (art. 6).
- Colaboración privada (art. 7) y participación ciudadana (art. 8).

El desarrollo de tales competencias es encomendado a distintos órganos de la Administración, por ello, el artículo 12 de la Ley 36/2015 delimita la estructura orgánica en esta materia, estableciendo los órganos competentes en materia de seguridad nacional, los cuales abarcan distintos niveles ejecutivos y legislativos, tanto en el ámbito estatal como autonómico.

El resto del articulado de la Ley se dedica a desarrollar el concreto sistema de seguridad nacional y la gestión de todas aquellas cuestiones relacionadas. Así, el Título II de la Ley 36/2015 delimita el “Sistema de Seguridad Nacional”, mientras que el Título III se ocupa de la gestión de situaciones de crisis. Destacó el ponente en este apartado la importancia de la definición que establece el artículo 23 de la Ley de “situaciones de interés para la seguridad nacional”, pues será en estas situaciones en las que las Administraciones encargadas de ello desplegarán las actuaciones

previstas para la gestión de crisis de seguridad en éste ámbito, las cuales, tal y como señala el antedicho precepto, se afrontarán “a través de la coordinación reforzada de las autoridades competentes y bajo la dirección del Gobierno, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles, no pudiendo suponer en ningún caso la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos”. Alude de este modo nuevamente el articulado de la Ley a los derechos constitucionales, estableciéndolos como límite a la gestión de tales situaciones de crisis.

Para que los distintos órganos de la Administración desempeñen los cometidos encomendados por este texto legal, y gestionen con eficacia las posibles situaciones de crisis, es necesario que los entes encargados del desarrollo de las actuaciones previstas en caso de amenaza a la seguridad nacional dispongan de los recursos necesarios para ello, por lo que el Título IV de la Ley 36/2015 prevé la contribución de recursos a la seguridad nacional, para lo que se establece un catálogo de recursos en el artículo 28 de la Ley, el cual debe ser aprobado por el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Consejo de Seguridad Nacional. Destaca el carácter heterogéneo de este catálogo, pues integra no sólo medios materiales de muy diversa índole, sino también recursos humanos.

En la segunda parte de la ponencia, el conferenciante centró su exposición en los aspectos con incidencia directa en el ámbito de la ciberseguridad contenidos en la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este texto normativo pretende extender la tramitación electrónica como regla general en las relaciones con el sector público en los distintos procedimientos administrativos, lo cual tiene evidentes consecuencias en el ámbito de la ciberseguridad. Por ello, el objetivo de la Ley en este punto es lograr mayor eficacia y eficiencia en la relación con la Administración a través de medios telemáticos, pero ofreciendo al tiempo mayores garantías para los ciudadanos en la gestión de estas relaciones, sobre todo en lo relativo a la protección de las comunicaciones realizadas con la Administración empleando la tramitación electrónica. Considerando tales objetivos, es clara la importancia y los efectos que despliega la ciberseguridad, a fin de proteger los datos y el contenido de tales comunicaciones.

El artículo 14 de la Ley 39/2015 plasma el objetivo supra señalado en relación a la generalización de la tramitación electrónica en las relaciones entre Administración y administrados en un doble sentido: como un derecho y como una obligación. Así, el artículo 14. 1 de la Ley señala que las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos, con lo que, en principio, deja al arbitrio de los administrados personas físicas la elección del modo en que van a llevar a cabo sus comunicaciones con la Administración. No obstante, el citado precepto, *in fine*, exceptúa esa libertad de elección en los casos en los sujetos estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas, añadiendo que el método elegido en un primer momento podrá ser modificado por el administrado a posteriori. No es éste el único límite a tal capacidad de elección del administrado persona física, pues el mismo artículo 14, en su punto 3, establece que las Administraciones podrán establecer la obligación de

relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Por tanto, la Ley expresamente suprime la libertad de elección del medio para relacionarse con la Administración en varios supuestos, dejando la vía de las comunicaciones electrónicas como único camino posible.

En el caso de otros entes que no son personas físicas –personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, aquellos que ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria o que representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración y los empleados de las Administraciones Públicas– el artículo 14.2 de la Ley 39/2015 elimina tal posibilidad de elección en las relaciones con la Administración, estableciendo la obligatoriedad de comunicarse exclusivamente a través de medios electrónicos para la realización de cualquier trámite en un procedimiento administrativo.

El ponente prosiguió exponiendo cuáles son los derechos de los administrados en su relación con las Administraciones Públicas, previstos con el fin de garantizar la seguridad y protección de las comunicaciones llevadas a cabo a través de medios telemáticos, lo que afecta ya de manera directa a la ciberseguridad. Estos derechos, que aparecen enumerados en el artículo 13 de la Ley 39/2015, son fundamentalmente dos:

- Derecho a comunicarse con las AAPP a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración (artículo 13.a) de la Ley 39/2015).
- Derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las AAPP (artículo 13.b) de la Ley 39/2015).

A continuación el conferenciante puso de manifiesto diversas exigencias contenidas en el texto de la Ley 39/2015, de carácter puramente práctico y que son claro ejemplo de lo que se puede denominar *electronificación* de las Administraciones Públicas. Entre estos ejemplos destacan la identificación y firma de los interesados (artículos 9 y 10 de la Ley 39/2015), el Registro electrónico de apoderamientos (artículo 6 de la Ley 39/2015), el Registro electrónico para cada Administración Pública (artículo 16 de la Ley 39/2015) y la práctica de las notificaciones (artículo 41 de la Ley 39/2015). Todas ellas son manifestación evidente del protagonismo de tales relaciones digitales y de la relevancia de los datos transmitidos a través de la red, y, por ende, de la importancia de su protección.

D. Alberto Torró Molés finalizó su ponencia valorando los efectos de las reformas normativas expuestas en el ámbito de la ciberseguridad, los cuales calificó de positivos y acordes al devenir de los tiempos, sin olvidar que para lograr su efectiva aplicación es necesario su posterior desarrollo reglamentario, así como la dotación a los organismos competentes de los recursos suficientes para desempeñar su cometido en esta materia.

Por último, se inició una ronda de preguntas en la que se plantearon dos cuestiones al ponente. La primera de ellas relacionada con la necesaria homologación de procedimientos debido a la internacionalización de Internet y si tal extremo se reconocía en la Ley 26/2015, de Seguridad Nacional, a lo cual D. Alberto Torró Molés respondió que, si bien no se ha previsto en la Ley 36/2015, si se contempla expresamente en la Ley 39/2015 que es necesario reconocer, aunque sólo en el ámbito comunitario, todos los certificados incluidos en el listado de servicios de confianza, a lo que añade que el reconocimiento extracomunitario requerirá de la celebración del convenio correspondiente, lo que no está exento de dificultad ya que Internet escapa de fronteras territoriales. La segunda de las cuestiones planteadas se refirió a si las comunicaciones llevadas a cabo con las distintas Administraciones Públicas, ya sean estatales o autonómicas, se desarrollarán a través de un registro común o de un registro propio para cada Administración, lo cual, según el ponente, va a depender fundamentalmente de la implantación y desarrollo de la Ley, si bien, en materia de registros electrónicos se prevé un registro para cada Administración Pública, incluso un registro para cada organismo público si así fuera necesario.

Comentarios de la relatora

El meteórico desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación ha generado un nuevo sistema de relaciones caracterizado por la facilidad e inmediatez en las comunicaciones y en los intercambios de información. La rápida y masiva implantación de estas tecnologías en la sociedad actual, llegando a ser una constante en las relaciones de la más diversa índole, ha traído consigo la aparición de amenazas que provocan inestabilidad, pudiendo llegar a afectar a la propia seguridad nacional. Estos motivos hacen que la ciberseguridad juegue un papel primordial en su utilidad en el contexto de un Estado de Derecho, pues su garantía por parte del legislador sobrepasa la dimensión individual, alcanzando una magnitud institucional, lo que incide de manera inmediata en la seguridad colectiva. Tal parece ser la intención del legislador plasmada en la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional, que prioriza la ciberseguridad y su protección como uno de los pilares en los que descansa la seguridad nacional.

Por otro lado, aunque del mismo modo, fruto del papel esencial que ocupan las nuevas tecnologías en el mundo actual, son importantes en este campo muchas de las novedades contempladas en la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común. Este texto normativo prioriza la tramitación electrónica como regla general en las relaciones con la Administración, dejando a la tramitación en papel un carácter puramente supletorio. El fundamento de tales medidas, atendiendo a lo señalado por el legislador, es la mejora en la eficiencia en las relaciones entre Administración y administrado, así como el incremento en la seguridad jurídica, objetivos posibles, pero, en todo caso, supeditados al desarrollo de la Ley.

Tal desarrollo se configura como elemento decisivo, pues, si bien predecir el alcance y los resultados de la legislación contenida en sendos textos normativos resulta sumamente difícil en este momento, debido a su reciente aprobación, determinar su concreto alcance, tanto en el ámbito de la tramitación electrónica de los

procedimientos administrativos, como en el de la protección de la ciberseguridad, dependerá, sin duda, de los recursos y esfuerzos que las distintas Administraciones con competencias en la materia destinen a su desarrollo e implantación, tal y como acertadamente señaló D. Alberto Torró Molés.

Mesa redonda/Debate: **“La privacidad y la ciberseguridad”**

Participantes: **Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León; **Prof. D. Miguel Carriegos Vieira**, Profesor Titular de Álgebra, Director del Instituto de Ciencias Aplicadas a la ciberseguridad; **Prof. Dra. Dña. Esther Seijas Villadangos**, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Constitucional de la Universidad de León; **Dña. María Marcos Salvador**, Comisaria Jefe de León

Moderadora: **Dña. Ana Belén Casares Marcos**, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de León

Relatora: **Dña. Mª Nieves Alonso García**, Personal Investigador en Formación Homologado, Área de Derecho Constitucional de la Universidad de León

La moderadora inicia su intervención señalando que la privacidad es una preocupación constante y creciente en nuestra sociedad actual, global e internacional, de carácter interdisciplinar, y que resulta muy cambiante al chocar no sólo con la propia evolución de la tecnología sino también con la aparición de nuevas amenazas y preocupaciones por parte de los ciudadanos. No en vano, la privacidad se enfrenta a mantener un tenso equilibrio entre los derechos y libertades fundamentales del individuo, quien utiliza y comparte la información que considera pertinente y las necesidades de interés general y seguridad pública a todos los niveles.

D. Miguel Díaz y García Conlledo centra su ponencia en analizar las amenazas que para la privacidad suponen las múltiples actividades que se realizan en la red desde una perspectiva jurídico-penal. Su punto de partida es destacar el carácter fundamental del Derecho Penal como *ultima ratio*, poniendo de manifiesto la tendencia del legislador en la actualidad a que se convierta en *prima ratio*. Asimismo, y aun cuando la función del Derecho Penal sea eminentemente preventiva siempre llega tarde y si es una cuestión relacionada con la tecnología esa demora es superior, de modo que cuando interviene ya existen nuevas amenazas. El riesgo al buscar seguridad, y en este caso, ciberseguridad, es que no se superen y vulneren los límites y garantías que deben regir en el Derecho Penal y que no pueden olvidarse.

En nuestro Código Penal, y con anterioridad a la reforma de 2015, la privacidad se protegía en el artículo 197 en el que se tipifica el delito de descubrimiento y revelación de secretos. Tras la reforma LO 1/2015 se incluyen otras conductas

relacionadas con los medios tecnológicos, introduciéndose los artículos 197 bis, en el cual se abarca toda conducta de intromisión en todas sus variantes, el 197 ter, en el que se recogen los actos preparatorios de esas conductas, el 197 quater, que castiga especialmente el delito si se ha cometido en el seno de una organización o un grupo criminal y el 197 quinquies, que extiende la responsabilidad a las personas jurídicas. El artículo 197.7 responde a la tendencia del legislador a la mediatización del Derecho Penal, ya que este delito parece ser reflejo del mediático conflicto de la concejal de Los Yébenes, Olvido Hormigos, por la difusión de un vídeo íntimo en Internet sin su consentimiento.

Díaz y García Conlledo concluye abogando por que el recurso al Derecho Penal en la búsqueda de ciberseguridad se produzca respetando los límites que deben operar en esa rama del Derecho y, desde luego, no sea el que opere en primera línea, y porque además sea el propio individuo quien vele por la protección de su seguridad en la red, no exponiendo datos, imágenes o vídeos especialmente íntimos, para lo cual es muy importante una adecuada labor educativa. Asimismo, considera fundamental el desarrollo de medios técnicos, no sólo de protección sino también de investigación y recalca el importante papel que desempeñan las instituciones no jurídicas como las empresas tecnológicas o los centros de investigación.

Seguidamente, D. Miguel Carriegos, toma la palabra e incide en destacar los problemas que afrontan los investigadores en el uso de los métodos de investigación tecnológica por los límites legales a los que han de someterse. Destaca como uno de los problemas principales el uso del ordenador personal en el puesto de trabajo por la dificultad que supone establecer un equilibrio entre el uso de un mecanismo de propiedad privada en el puesto de trabajo y el acceso a un tipo de intranet que se ajuste a los requerimientos legales. En cuanto a la enumeración exhaustiva que realiza el artículo 197 CP, y como muestra de la rapidez en los avances tecnológicos, si bien se incluyen las emisiones electromagnéticas, en la actualidad, a través de ondas mecánicas puede llegar a saberse lo que se ha escrito en el teclado en un ordenador, quedando fuera de la previsión legal.

Desde el punto de vista de la investigación, lo especialmente valioso para que tenga un valor añadido es que la aplicación sea rápida, valiosa, ágil y sobre todo real. El principal problema al que se enfrentan los investigadores es la carencia absoluta de datos reales. Si los métodos de investigación no contrastan con datos reales no dejan de ser métodos puramente teóricos que no tienen el valor añadido necesario.

Carriegos sostiene que en países como Estados Unidos se garantiza la disposición de datos reales. Un ejemplo de ellos es el escándalo ENRON, una corporación americana, que mediante la manipulación de los mercados arruinó Estados como el de California. Fruto de esta actuación se inició una investigación en Estados Unidos, tras la cual se puso a disposición de los usuarios de Internet, todos los datos de los emails de los responsables con el objetivo de que los centros de investigación puedan analizar las redes sociales de quienes se dedican a la comisión de delitos corporativos. Este ejemplo sirve para poner de manifiesto que, en algunos Estados, como Estados Unidos, la publicación de estas colecciones satisface todas las garantías legales. En España, sería de especial importancia que se regulara la

utilización de este tipo de colecciones a fin de facilitar la investigación. Carriegos incide en la necesidad de que los profesionales del Derecho colaboren en la investigación tecnológica a través del establecimiento de una normativa que justifique la utilización de los datos con la finalidad de dotar a la investigación del valor añadido necesario.

Posteriormente, toma la palabra Dña. Esther Seijas Villadangos, quien aborda el tema de la privacidad y la ciberseguridad desde el punto de vista constitucional, centrandó su ponencia en una referencia jurisprudencial en el marco europeo, estableciendo una micro teoría constitucional de la privacidad y la ciberseguridad y concluyendo con los retos que suponen la articulación de una nueva rama del Derecho, el derecho digital o derecho de las TIC's, derecho de internet o ciberderecho.

La primera referencia jurisprudencial a la que Seijas Villadangos hace mención es una sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015 en la que se declara la no compatibilidad de la Directiva 200/520/CE que permite la transferencia de datos personales desde la Unión Europea a Estados Unidos. En el origen de esta sentencia está un estudiante austriaco que en el año 2011 solicita a Facebook toda la información que tenga sobre él, recibiendo un informe de 1222 páginas repletas de datos, de grupos a los que había pertenecido y de chats en los que había participado. La clave de la resolución es la no compatibilidad de la citada Directiva con la protección de la vida privada y de las libertades y derechos fundamentales de las personas. El complejo *patchwork* que se atisba en la Unión Europea es complicado, a lo que se une la descentralización territorial en Estados como España o Alemania.

En cuanto a la aportación del Derecho Constitucional, Seijas Villadangos destaca el surgimiento del *habeas data* que se erige como paralelismo al *habeas corpus*, ciñéndose el primero a los aspectos internos de la libertad (la identidad de la persona, su autodeterminación, su intimidad...) y el segundo a la dimensión física y externa de la misma. El *habeas data* constituye una garantía constitucional de reciente creación cuyo objeto es la tutela de los derechos fundamentales derivados de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad bajo el pleno respeto a la vida.

En nuestra Carta Magna nada se habla expresamente de la protección de datos de carácter personal como un derecho esencial de la persona humana. La referencia más aproximada a la cibernética se encuentra en el apartado cuarto del artículo 18, que no estuvo exento de polémica en los debates constitucionales. Es en el año 2000, con la impugnación de la LOPD cuando se sustenta el derecho fundamental a la protección de datos. A fin de constituir una dogmática, Seijas Villadangos plantea el análisis de la naturaleza jurídica, los límites y la categorización de este derecho. En cuanto a su naturaleza jurídica, el Tribunal Constitucional lo declara un derecho fundamental autónomo con todas sus garantías. Cabría constituirlo como un derecho bifronte, por un lado, como un derecho instrumental que sirve para la defensa de otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad y por otro, como un derecho fundamental autónomo, cuya finalidad es controlar el flujo de informaciones, concernientes a cada persona para preservar su identidad y el pleno ejercicio de sus derechos. Asimismo, el derecho a la protección de datos personales

se ancla en el artículo 10.1 CE. Por lo que respecta a los límites de este derecho, están orientados a garantizar la armonía y el equilibrio del orden social, con el respeto a los derechos fundamentales de terceros y la salvaguarda del interés público. Y por último, y en cuanto a la categorización de este derecho cabrá decir que nos hallamos antes de un derecho de cuarta generación que trasciende la categorización de derechos de Pizzoruso.

Como reflexión final, Seijas Villadangos aboga por la necesidad de avanzar hacia una clarificación en las fuentes con el objetivo de constituir una Carta global de ciberderecho, calificando a este derecho como un “derecho fotonizado” al que se exige evolucionar y adaptarse a su objeto de regulación a la velocidad de la luz, poniendo de manifiesto que se trata de un derecho en expansión, paralelo a la penetración del universo digital en nuestras vidas y que precisa de la colaboración interdisciplinar. En ese sentido, propone como reto del derecho global ocuparse de las dimensiones que implican trabajar alrededor de internet: la infraestructura o el soporte físico que permite transportar la señal, el código que aglutina los estándares y protocolos que garantizan su funcionamiento lógico y, por supuesto, el contenido.

Dña. María Marcos Salvador parte en su intervención de la función asignada a las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado en nuestra Constitución, que conforme al artículo 104 es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Asimismo, y partiendo de la misión encomendada constitucionalmente, destaca que la seguridad total no existe. En el ejercicio de sus funciones, el Cuerpo Nacional de Policía debe asumir como la primera de ellas, la prevención, centrando la misma en la protección a aquellos colectivos más vulnerables, entre ellos los menores, las personas inexpertas en las técnicas de navegación por la Red pero también a quienes las dominan porque no están exentas de peligros. La segunda de las funciones es la investigación de los delitos, tanto a instancia de parte como de oficio en virtud de la regulación prevista para el cumplimiento de dicha función en el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal fundamentalmente.

En relación con los delitos cometidos a través de la Red, en la década de los noventa, el Cuerpo Nacional de Policía constituyó grupos reducidos de expertos en delitos cometidos a través de medios informáticos. Debido a la dimensión que adquirieron estos delitos, surgió la necesidad de una mayor especialización, fundándose una Unidad Central, en sus inicios en las grandes ciudades (Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla), para desembocar en una Unidad Central dentro de la Comisaría General de la Policía Judicial. Las funciones de prevención e investigación se llevan a cabo tanto desde la Unidad Central como a nivel periférico, así por ejemplo la Comisaría de León dispone de un grupo especializado en delitos tecnológicos que extiende sus funciones a las otras tres comisarías de la Provincia (Astorga, San Andrés del Rabanedo y Ponferrada). El incremento de los servicios especializados en delitos tecnológicos responde al aumento en la comisión de los mismos, habiéndose producido un incremento del setenta por ciento en el último año y un doscientos por ciento en los últimos cuatro años, siendo el delito de estafa el que cuenta con un mayor número de casos.

Uno de los problemas a que se enfrentan estas unidades durante el proceso de investigación es que no sólo han de velar por la protección de los derechos de las víctimas sino también de los presuntos autores, razón por la cual se ha creado una unidad especializada en la Comisaría General de la Policía Científica cuya función principal es la informática forense. Asimismo, durante este proceso pueden obtenerse evidencias tanto de un delito informático como de otro tipo de delitos que se estén cometiendo a través de los medios informáticos como pueden ser la trata de personas con fines sexuales, el tráfico de drogas, secuestro o amenazas. El análisis de evidencias ha de cumplir tres especificaciones básicas: la recogida de las mismas debe llevarse a cabo por medios fiables, probados y reales, no deben ser alteradas bajo ninguna circunstancia y debe mantenerse siempre la cadena de custodia. El Cuerpo Nacional de Policía desempeña su misión dentro de la legalidad, con el respeto a la Constitución Española, el Código Penal, La Ley de Enjuiciamiento Criminal y los Convenios Internacionales ratificados por España, siendo de especial importancia la cooperación en este ámbito.

Comentarios de la relatora

A modo de conclusión, y desde la perspectiva del Derecho Constitucional, el reconocimiento por el Tribunal Constitucional del derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo con todas sus garantías es el basamento sobre el que se fundamenta la especial protección de la privacidad. Conforme a su naturaleza jurídica, y a fin de velar por la protección de este derecho es necesario, dado su carácter interdisciplinar, la clarificación en las fuentes, tal y como establece Seijas Villadangos, a fin de constituir un Carta global de ciberderecho.

Cuarta ponencia: **“INCIBE y la ciberseguridad en la abogacía”**

Ponente: **D. Francisco Pérez Bes**, Secretario General de INCIBE y abogado especialista en TIC

Moderador: **Prof. Dr. D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán**, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León

Relator: **D. David Carrizo Aguado**, Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León

Se inicia la sesión con la presentación del ponente que es llevada a cabo por el moderador de mesa, D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán. D. Francisco Pérez Bes es Licenciado en Derecho, con más de 15 años de experiencia en asesoramiento jurídico en actividades de negocio, focalizada en las últimas etapas en el ámbito del derecho de la publicidad y el cumplimiento legal y normativo relacionado con el juego *online*. Su perfil se complementa con su participación actual como miembro de la comisión jurídica del Consejo General de la Abogacía Española -CGAE-, la

vicepresidencia y secretaría de la Asociación de Expertos Nacionales de Derecho TIC –ENATIC– y la secretaría de la Asociación Española de Responsables de Comunidades *Online* y Profesionales del Social Media (AERCO-PSM). Destaca asimismo, su faceta como profesor universitario en materias como Derecho de Internet y las TIC, Propiedad Intelectual, Derecho de la Privacidad, Publicidad *online* y Comercio Electrónico. Además, ha sido galardonado con el Premio «Derecho en Red» al mejor perfil jurídico.

La ponencia comienza con una breve mención acerca de qué es y qué desarrolla el Instituto Nacional de Ciberseguridad -INCIBE-, tanto desde la perspectiva teórica como práctica esencialmente enfocada hacia el mundo de la abogacía. Se alude efímeramente a la celebración coetánea de ENISE (Encuentro Internacional de Seguridad de la Información) pues de manera paralela a estas Jornadas, los días 20 y 21 de octubre de 2015 en el Parador San Marcos de la ciudad de León, se llevó a cabo tal encuentro.

Pérez Bes recalca el inusitado impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo profesional del abogado. En el día a día, este colectivo se encuentra con numerosos problemas y lagunas normativas por ser una materia que presenta complejidad técnica y es de carácter transversal conllevando ello una difícil aplicación. La revolución digital en la que estamos inmersos ha cambiado radicalmente la forma de comunicarnos. El nuevo panorama, basado en las nuevas tecnologías y los dispositivos electrónicos, plantea nuevos escenarios en los que la privacidad o la seguridad informática corren peligro. Nacen continuamente nuevas iniciativas emprendedoras y nuevos modelos de negocios de base tecnológica basados en Internet y que necesitan de un asesoramiento especializado. Para ello, en el plano profesional del jurista ejerciente, se hace imprescindible la formación, pero no únicamente la formación jurídica sino que debe conocer las tecnologías existentes, las problemáticas que ofrecen el uso de las mismas así como en la medida de lo posible conocer y ser capaces de entender su funcionamiento. El “abogado digital”, ante la normal falta de regulación en la que sustentarse, ha de ser además proactivo, adelantándose de este modo a los obstáculos jurídicos que puedan plantearse y evitando así posibles incumplimientos futuros.

En este punto, Pérez Bes, menciona a D. Orlando Ayala, presidente de Microsoft, pues es uno de los especialistas en temas relacionados con la inteligencia artificial. Con ello, lo que pretende es plasmar los retos que plantea su canalización legal en el marco de una sociedad global y en continuo cambio. Para enmarcar esta idea, expone al aforo asistente el proyecto que IBM tiene en marcha con el ordenador “Watson”, que es una tecnología cognitiva que procesa la información más como un ser humano que como un ordenador. Introduce como interrogante que los procesadores informáticos comienzan a tomar decisiones y debemos pensar cómo va a afectar en nuestra sociedad trasgresora y cambiante. En el Derecho debemos hallar sendas repuestas, principalmente en materia de responsabilidad. Pérez Bes expone a modo de ejemplo, la eventual responsabilidad de un coche sin conductor o en el campo de la medicina, la negligencia cometida por una máquina inteligente. Se pregunta el ponente si se necesita una ley que regule este tipo de situaciones. En este

terreno, los códigos de conducta están adquiriendo bastante peso, pero se cuestiona si son suficientemente válidos para otorgar soluciones viables y seguras.

Seguidamente, el ponente desarrolla las líneas básicas del marco estratégico de ciberseguridad en España a través de los principios en los que se sustenta. En primer lugar, se encuentra la seguridad en las Administraciones Públicas, que la tiene asumida el Centro Criptológico Nacional –CCN–, organismo responsable de coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las Tecnologías de la Información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada del material criptológico y formar al personal de la Administración que sea especialista en este contexto. En segundo lugar, se hallan las empresas privadas, cuya seguridad está asumida a través de INCIBE; en tercer lugar, se sitúan las infraestructuras críticas que están custodiadas por el Centro Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas -CNPIC-: este centro custodia y actualiza el Plan de Seguridad de infraestructuras críticas y el Catálogo Nacional de infraestructuras críticas. Y por último, todo lo relativo a la Defensa Nacional, la denominada «ciberdefensa», representada por los Ejércitos de tierra, mar y aire.

A continuación, Pérez Bes expone como dato clave que la Agenda Digital para España es la que establece los objetivos generales que deben ser adoptados por el Gobierno en materia de ciberseguridad, y en esta sede INCIBE juega un papel fundamental. Además, como dato aclaratorio muestra la importancia que poseen los grupos de expertos en incidentes de seguridad informática; son los denominados CERT «*computer emergency response teams*». Al hilo de ello, ensalza la importancia de este último organismo en la seguridad del Estado; por ello existe un convenio de colaboración entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo y el Ministerio del Interior, cuyo objetivo es crear un CERT como herramienta de ayuda a empresas y particulares con el fin de asistir y apoyar ante el surgimiento de ciberataques. Las funciones principales del CERT se pueden sintetizar en base a tres criterios: lucha contra los ciberdelitos y el ciberterrorismo, la protección de las infraestructuras críticas, y por último, las labores de difusión, capacitación y formación.

En cuanto a la estructura en la que se apoya la Estrategia de Seguridad Nacional, Pérez Bes destaca los capítulos principales en los que se engloba: en primer término, el ciberespacio y su seguridad; en segundo lugar, el propósito y los principios rectores; como tercer y cuarto punto los objetivos de ciberseguridad y las líneas de Ciberseguridad Nacional, y por último se encuentra la Ciberseguridad en el sistema de Seguridad Nacional. Como elemento clave es apropiado indicar que el propósito fundamental de la Estrategia de Seguridad Nacional es la visión integradora basada en la coordinación de las diversas Administraciones Públicas, junto con el sector privado y los ciudadanos. Esa colaboración es el *quid* para el éxito de una ciberseguridad querida por y para todos.

Para continuar en el desarrollo de la ponencia, Pérez Bes centra su atención en la actividad de INCIBE. En cuanto al estatus jurídico, presenta la forma de sociedad anónima estatal dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Las

tareas para las que está capacitada la citada mercantil son básicamente las siguientes: dar respuesta a incidentes de seguridad, abarcando desde el ciudadano hasta el sector empresarial, poner en marcha iniciativas de colaboración público-privada para la mejora de los niveles de ciberseguridad en España, estudio de los riesgos emergentes para poder anticipar necesidades, adoptar medidas preventivas y, en definitiva, disponer de mecanismos de alerta temprana y todo ello bajo la coordinación con actores clave a nivel internacional en materia de ciberseguridad.

En lo que respecta al campo de la investigación que gira en torno a la ciberseguridad, el ponente indica la escasez de estudios que existen y anima e invita al auditorio a que se inicie en la búsqueda y exploración de todo lo que conlleva la ciberseguridad en los diferentes ámbitos y especialidades del Derecho.

Pérez Bes comenta que INCIBE también centra su atención en el plano formativo. En ese sentido, en la actualidad está desarrollando planes de ayuda para la celebración de másteres, estudios interdisciplinarios, foros, etc., con el objetivo de impulsar el desarrollo de la ciberseguridad esencialmente en el tejido empresarial.

Como colofón, el ponente incide en la conexión que tiene el papel de la abogacía con INCIBE. Fruto de ello, está en vigor un convenio de colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española –CGAE–, en el que alguno de sus cometidos principales son: trabajar e identificar necesidades de especialización, difusión y asesoramiento jurídico en la empresa, ampliar sectores de oportunidad tales como en el ámbito de los seguros, *compliance officer*, etc., además de la importancia de la responsabilidad social empresarial en este sentido.

En último término, D. Francisco Pérez Bes, agradece los esfuerzos que se han llevado a cabo para la consecución de estas “I Jornadas de Derecho y Ciberseguridad” celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de León, y así da por concluida su conferencia.

Comentarios del relator

Gran parte de las transacciones y operaciones realizadas en Internet son internacionales, por lo que en tales situaciones hay presente uno o múltiples «elementos extranjeros». Ante este postulado se va a plantear la cuestión de determinar qué tribunales pueden conocer ante un eventual litigio y qué Derecho estatal debe regir en tal escenario. Los diferentes Estados cuentan con su propia organización de tribunales y sus propias leyes, por ello, la especificación de la jurisdicción competente y el derecho aplicable en los múltiples litigios con ocasión de la utilización de la red de redes, se materializará a través de las reglas de Derecho internacional privado.

La consecuencia jurídica más relevante del uso de Internet es la masificación internacional de los fenómenos jurídicos, pues un acto realizado a través de Internet tiene repercusión mundial. Desde la óptica *ius internacional privatista*, se deben encontrar criterios flexibles que estén sustentados en foros y puntos de conexión

abiertos. Lo anhelado sería hallar criterios adecuados que permitan a las partes la aplicación de una Ley concreta y previsible, para así evitar que todas las jurisdicciones del mundo se consideren competentes y soslayar la incertidumbre acerca de la precisión del régimen jurídico de las actividades desarrolladas en Internet. Con ello, lo que se pretende lograr es que cada uno de los sectores destacados, además de las técnicas de autorregulación y mecanismos alternativos de solución de controversias, puedan ofrecer sendas respuestas en materias entre las que podemos destacar: el comercio electrónico internacional, la propiedad industrial e intelectual, las prácticas desleales, la responsabilidad extracontractual por actos verificados en Internet e infracciones derivadas de los derechos de la personalidad, la responsabilidad por productos defectuosos, los daños informáticos y la protección de datos personales.

Por tanto, el Derecho internacional privado debe proporcionar normas que eviten inseguridad jurídica, esencialmente en la protección de los derechos individuales y así impedir abusos por parte de los sujetos que poseen mayor poder en las relaciones negociales. Lo deseable sería la creación de un conjunto normativo de aplicación directa y con carácter universal que pudiera recoger un derecho uniforme de los aspectos jurídicos internacionales de Internet. Es lo que un sector mayoritario de la doctrina denomina "*International CyberLaw*".

Quinta ponencia: "**Los ciberdelitos en el Código Penal**"

Ponente: **D. Avelino Fierro Gómez**, Fiscal de Menores y Cibercriminalidad de la Fiscalía de León.

Moderadora: **Prof. Dra. Dña. María Anunciación Trapero Barreales**, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Penal de la Universidad de León.

Relator: **D. Juan Pablo Uribe Barrera**, Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León.

La moderadora, Dña. María Anunciación Trapero Barreales, presenta al ponente y da cuenta de su sobrada competencia académica, profesional e intelectual, para hablar con propiedad acerca de temas relacionados con la denominada "ciberdelincuencia".

El ponente toma la palabra e inicia su exposición agradeciendo la invitación a realizar su ponencia. Seguidamente, realiza un breve marco sociológico sobre el exponencial aumento de la importancia de diferentes tecnologías (internet, redes sociales, telefonía móvil de punta, entre otros) en la configuración de la vida social a partir de un par de anécdotas sobre la cuestión. Estos comentarios iniciales, que ponen de relevancia la vertiginosidad de estos cambios, serán complementados durante el desarrollo de la ponencia por múltiples observaciones y apuntes llenos de agudeza que enriquecen la visión sobre el asunto y terminan por englobar toda una

perspectiva de las transformaciones en la interacción social al ritmo de los avances de la tecnología y la comunicación.

Terminados tales comentarios, llenos de sentido crítico, se pronuncia entonces sobre la imposibilidad de realizar un abordaje exhaustivo de la cuestión anunciada en el título de la ponencia, manifestando así mismo que, en todo caso, tratará de hacer apreciaciones sobre la generalidad de los “ciberdelitos”, concepto que reúne un ámbito de la criminalidad que, de acuerdo a una clasificación comúnmente aceptada por la doctrina mayoritaria, recoge: delitos de intrusismo informático (intimidación, apoderamiento de información, acceso no consentido, interceptación de telecomunicaciones), delitos contra la propiedad intelectual, daños informáticos, defraudaciones, falsificaciones y, por fin, otros delitos cometidos a través de internet (delitos contra la integridad sexual de menores o incapaces, *sexting*, *ciberbullying*, delitos contra el honor y delitos contra el patrimonio).

Habiendo introducido tal esquema, Fierro Gómez dio paso a una primera referencia normativa respecto a la regulación de cada uno de estos subconceptos. Así, subrayó que la reciente reforma legislativa (LO 1/2015) originó ciertos cambios en el abordaje del intrusismo informático, al realizar modificaciones sobre el art. 197 del CP, y, así mismo, en lo referente a los daños informáticos, tras las variaciones en el art. 270 del CP. En cambio, manifestó que en materia de defraudaciones (modalidad criminal que puede llegar a constituir hasta un 75% de los delitos informáticos) y falsificaciones la normativa ha permanecido sin modificaciones.

Luego de lo anterior, Fierro Gómez realiza un breve tránsito por algunas de las principales características de este tipo delincuencia, siendo señales de identidad frecuentes rasgos como el que se cometen a distancia, afectan a numerosas víctimas y, por último, tienen un componente de transnacionalidad. Estas características marcan a su vez ciertas particularidades de la respuesta estatal, que en el ámbito procesal busca ajustarse a las comentadas señas de esta delincuencia articulando redes de cooperación en la investigación de estas conductas, resultando de allí una estrategia que aún presenta retos evidentes pero que no obstante, a juicio del ponente, ha dado buenos resultados. Este éxito, sin embargo, no ha existido en la práctica de pruebas periciales técnicas, pues el trámite de las mismas aún es lento, y, así mismo, también sigue siendo de especial dificultad la identificación del delincuente cibernético por la utilización de herramientas tecnológicas que facilitan su anonimato.

Con posterioridad a la enunciación de tales características, Fierro Gómez centró entonces su atención sobre la reforma legislativa que se ha introducido para el abordaje de los ciberdelitos, misma que termina caracterizando como todo un “tifón legislativo”. Sin que pueda realizarse una transcripción pormenorizada de cada uno de los análisis llevados a cabo, se tratará entonces de abordar un esbozo de los elementos transversales que componen las críticas del ponente frente a la Ley Orgánica 13/2015 por medio de la cual se introdujeron modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modificó el Código Penal. Así, en ese orden manifiesta que este “tifón legislativo” tiene como rasgos el tener fallos técnicos por su redundancia, por su intención de dar más trascendencia

al lenguaje técnico que al jurídico haciendo más farragosa la lectura de la normas sin que ello implique verdaderos avances. Y, si ello es característico de la reforma procesal penal, en la parte sustantiva se aprecian serias deficiencias en la mirada sistemática del Código Penal y de los bienes jurídicos, fallos en la tipificación por mala técnica legislativa que hacen de difícil interpretación los alcances de las figuras delictivas introducidas (se generan dudas entonces sobre los sujetos activos de conductas como el denominado *sexting*, conducta cuya punición se categoriza dentro de lo que se ha denominado como “derecho penal de amigo”). De la mirada crítica que el autor realiza en este punto cabe en todo caso destacar una detallada crítica al nuevo art. 183 ter 2 del CP, por sus dificultades de interpretación e, igualmente, el detallado examen (con amplia exposición de los reparos doctrinales del caso) al nuevo art. 197.7 del C.P. En este orden de ideas, termina entonces el ponente por concluir que estamos ante una reforma innecesaria e ineficiente que no termina por resolver satisfactoriamente la cuestión del abordaje de la ciberdelincuencia, particularmente en lo que tiene que ver con los menores que reúnen calidades de víctima y agresores en esta clase de criminalidad.

Para finalizar, Fierro Gómez realiza un par de consideraciones que complementan el sentido crítico de la introducción de la ponencia y que tienen que ver con la desconfianza de este respecto al rol cada vez más protagónico que las técnicas de la información y la comunicación tienen en los procesos de interacción social de los jóvenes. En efecto, advierte el ponente sobre ciertas señas de alarma respecto a los déficits que pueden producirse respecto a la empatía, el desarrollo de habilidades cognitivas y la formación de tejidos sociales cuando los intercambios entre el sujeto y la comunidad se presentan al hilo de estas nuevas tecnologías que desplazan formas más tradicionales de integración social.

Comentarios del relator

Al margen de la elaboración de la reseña de la ponencia, quisiera, en un breve comentario, destacar un elemento que hizo presencia permanente a lo largo de todas las “I Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad” y que tiene que ver con el papel que juega el derecho en una sociedad que cambia sus formas de interacción al ritmo de exponenciales transformaciones en el campo de las tecnologías y las comunicaciones. Se trata, particularmente, del rol secundario que tiene el derecho en el análisis y la regulación de toda una serie de variantes que se introducen al cambiar intercambios directos por la mediación de un computador, teléfono o cualquier otro aparato electrónico de este tipo, en relaciones comerciales, sentimentales, entre muchas otras. En efecto, parece ser que una de las lecciones que queda de esta jornada es que el papel del derecho es en todo caso subsidiario al necesario autocuidado y la reflexión que debe realizar la sociedad, cada uno de sus integrantes, acerca de estas cuestiones, pues es el momento idóneo para plantearse unos límites propios respecto a cuestiones como la intimidad, el manejo de datos, el buen nombre, y toda una serie de variables que surgen de la omnipresencia y omnipotencia de las tecnologías de las comunicaciones y su actual rol protagónico en el desarrollo del tejido social.

Sexta ponencia: "La ciberseguridad en el ámbito nacional"

Ponente: **Prof. Dr. D. José Gustavo Quirós Hidalgo**, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de León.

Moderador: **Prof. Dr. D. Juan José Fernández Domínguez**, Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de León.

Relatora: **Dña. Cristina Llamas Bao**, Investigadora de Derecho Procesal de la Universidad de León.

Realizada la presentación del tema que va exponerse por el moderador, D. Juan José Fernández Domínguez, se cede la palabra a D. José Gustavo Quirós Hidalgo, quien se dispone a comenzar su ponencia señalando que se centrará en las implicaciones jurídicas que conlleva la ciberseguridad en el ámbito laboral, fundamentalmente en el uso que los trabajadores hacen de los medios tecnológicos y el control que a su vez hace el empresario para comprobar que su uso es correcto y sus consecuencias jurídicas.

Quirós Hidalgo explica que, en cualquier empresa, cualquiera que sea su actividad, los trabajadores utilizan teléfonos móviles, tabletas, discos duros, impresoras, escáneres, bases de datos, etc. Normalmente, todos estos medios son propiedad de la empresa pero que son puestos a disposición del trabajador para utilizarlos en la prestación del servicio. Obviamente esto presenta innumerables ventajas pero también determinados riesgos de ciberataques en los que el factor humano es el elemento más importante, pudiendo ser externos, es decir, aquellos que den lugar a ciberdelincuencia o cibercriminalidad; o internos, aquellos en los que el propio trabajador de la empresa, por despecho, venganza o con ánimo de lucro, lleve a cabo esos ciberataques. En otros casos, es el propio trabajador, el que propicia o facilita, con un uso incorrecto de los medios, la posibilidad de ese ciberataque. A través del uso particular que de los trabajadores hacen de las TIC, se pueden generar multitud de daños para la empresa. Es por ello fácil pensar, que ante esta situación la empresa tenga algo que decir, o lo que es lo mismo, que esté justificado que ejerza un determinado control sobre el uso que de los medios tecnológicos hagan sus trabajadores.

En el ámbito laboral, ha existido una escasa y antigua regulación. Son dos los artículos del Estatuto de los Trabajadores que tendrían una implicación directa e indirecta en este ámbito: por un lado sería el artículo 18, que regula los registros en los efectos personales del trabajador. El típico supuesto sería aquel en el que se registra al trabajador para saber si ha robado algo de la empresa, pero este artículo contempla determinadas garantías, estableciendo el mismo, que debe respetarse la dignidad e intimidad del trabajador, realizarse el registro en el lugar y tiempo de trabajo y en presencia de los representantes de los trabajadores u otros testigos; y por otro lado, el artículo 20.3 en el que se reconoce el derecho o facultad del empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana.

Teniendo en cuenta esta escasa regulación, son los tribunales quienes se han ido encargando de establecer unas reglas, que han de tenerse en cuenta por los trabajadores y las empresas a la hora de utilizar los medios tecnológicos como posible fuente de riesgo o peligro para la ciberseguridad de la empresa.

Estos criterios judiciales, han pasado por diferentes fases: un criterio inicial parte de una sentencia del Tribunal Constitucional del año 1995, en la cual había que valorar ese control empresarial a través de un triple criterio de proporcionalidad: 1) idoneidad, es decir, si esa medida o control era susceptible de conseguir el objetivo; 2) necesidad, o lo que es lo mismo, si no había otros medios menos dañinos o lesivos para los derechos del trabajador y, por tanto, éste era el que había que utilizar; 3) proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que existiera un equilibrio entre los beneficios o ventajas que reporta ese control al empresario y los perjuicios de los bienes o derechos que están en juego. A partir de estos criterios, surgen multitud de pronunciamientos de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia, siendo en muchos casos contradictorios, porque en definitiva valoraban, o bien, la propiedad de esos medios de la empresa, con lo cual entendían que siempre el trabajador estaba sometido a un control; o bien, se realizaba una interpretación permisiva, de tal forma que, si la empresa no decía nada, es decir, tanto si no lo autorizaba expresamente como tampoco lo prohibía, tácitamente estaba permitiendo el uso privado o particular de esos medios, con lo cual, no podría posteriormente ejercer controles dado que vulneraría los derechos de la intimidad o secreto de las comunicaciones. E incluso, dentro de esta misma corriente, habría criterios distintos, porque se entraría a valorar qué uso privado sería adecuado, cuándo empezaría un uso apropiado o razonable o cuándo un uso abusivo.

La segunda fase, vendría dada por una sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 en el que se resolvió el siguiente supuesto de hecho: un trabajador que prestaba servicios en un despacho, en el que trabajaba con un ordenador, no tenía clave de acceso, con lo cual podría ser utilizado por cualquier otro trabajador. El ordenador estaba conectado a la red de la empresa. Siendo ésta la que sospechaba del mal funcionamiento que se estaba dando al mismo, una vez que el trabajador salió de su trabajo, se personó un técnico informático, comprobando que había un virus y que había visitado páginas pornográficas. Al día siguiente, se realiza el control estando el trabajador junto con el representante de los trabajadores, procediéndose a su despido.

Esta sentencia, según Quirós Hidalgo, vino a establecer tres cosas: el artículo 18 ET, no es aplicable a este tipo de controles, es decir, esas garantías de que se tengan que realizar en el lugar y tiempo de trabajo, con el representante de los trabajadores u otros testigos, afecta a los bienes personales del trabajador, dado que no se puede aplicar análogicamente a los bienes que son propiedad de la empresa y con los que se presta ese servicio. En segundo lugar, y acogiéndose a los pronunciamientos europeos, consagra el uso social de los medios tecnológicos, por lo tanto privado, de tal forma que si existe tolerancia empresarial, es decir, que si se viene dando ese uso social, la empresa admite tácitamente ese uso, creándose una expectativa de confidencialidad, que luego no puede vulnerar con esos controles la empresa, pero esto no impide, y así lo contempla el TS, que el empresario ejerza sus controles,

porque es una prerrogativa que tiene reconocida en el artículo 20 ET. Y en tercer lugar, por las exigencias de la buena fe contractual, la empresa lo que tiene que hacer es regular con antelación el uso de los medios tecnológicos, pero no sólo eso sino informar que va a realizar controles y determinar o concretar en qué van a consistir los mismos.

Una vez que estos criterios van siendo reconocidos por las empresas y proceden a establecer su regulación para evitar posteriores problemas, aparece una sentencia del TS del año 2011 que viene a completar una cuarta regla. Se trataba de un supuesto en el que la empresa había prohibido expresamente el uso privado de los medios tecnológicos, siendo el trabajador conocedor porque se le había entregado un documento y habiéndose firmado por aquél. El TS viene a precisar la última regla anterior, en el que si existe una prohibición del uso particular de las nuevas tecnologías, ello lleva implícito directamente una posibilidad de control, y por tanto, no es necesario de que se avise de que se van hacer controles, ni qué tipo de controles van a realizarse.

En otra fase posterior, el TC, en dos sentencias recientes, mantiene esta doctrina pero añade dos precisiones: 1) si existe prohibición expresa, el control es legítimo porque se ha utilizado un medio de la empresa y por tanto, debe considerarse como un canal abierto, o lo que es lo mismo, que el control de la empresa está por encima del secreto de las comunicaciones 2) si ya está tipificada como conducta sancionable en el convenio colectivo, eso implica una prohibición expresa del uso particular de los medios, lo que implica que el empresario, ya ni siquiera tiene que regularlo y tampoco tiene que advertir que tiene que hacer esos controles.

Aprécia Quirós Hidalgo que a partir de estos criterios se puede llegar a la reflexión de que la empresa posee amplias facultades para controlar el uso de los medios tecnológicos y mantener seguridad de su ciberespacio bien, de forma unilateral, elaborando documentos donde figuren reglas de uso o bien, a través de la negociación colectiva, siendo más aconsejable, desde su punto de vista, la negociación colectiva, regular a prohibir, dado que estas conductas digitales han tenido hasta ahora, su correspondiente versión analógica (leer el periódico, tomar el café...), añadiendo que el INCIBE impulsa, ayuda y ofrece múltiples opciones para ejercitar este control y concluye que, en cualquier caso, el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador da lugar al ejercicio de la potestad disciplinaria del empresario, pudiendo exigir responsabilidad por daños y perjuicios en caso de que el daño se haya materializado por conductas dolosas o negligentes del trabajador, y siendo, cada vez más frecuente estas últimas, puede explicarse el auge de figuras como el “ciberseguro” o la contratación de servicios externos como empresas de ingeniería o informática.

Comentarios de la relatora

A colación con lo anteriormente expuesto, he de señalar por lo que a mi campo de investigación se refiere que, desde un punto de vista procesal, la Ley 13/2015 de 5 de octubre modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la que se pretende

“renovar” nuestra legislación adaptándose a las recientes formas de delincuencia surgidas del uso de las nuevas tecnologías, reforzándose las garantías procesales tantas veces discutidas en la intervención e investigación tecnológica amparadas en los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Séptima ponencia: **“La neutralidad de la red”**

Ponente: **Prof. Dra. Dña. Mercedes Fuertes López**, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León.

Moderadora: **D. Ignacio Martínez San Macario**, Abogado, Vocal de ENATIC.

Relatora: **Dña. Tamara Álvarez Robles**, PDI en formación de la Universidad de León.

El moderador, D. Ignacio Martínez San Macario, presenta a Dña. Mercedes Fuertes López como una persona ilustre, y enfatiza, más allá de su contribución al Derecho, su compromiso social, el cual se refleja en parte de las publicaciones en los medios de comunicación, señalando la larga trayectoria profesional de la ponente da paso a la misma para que nos introduzca en su conferencia, titulada *“Neutralidad en la Red”*.

Comienza Fuertes López manifestando la importancia de abanderar la neutralidad en la red. Hemos mordido la manzana de Internet, lo que no está en Internet parece no estar en el mundo. Internet está originando una transformación social en casi todos los aspectos de la vida, incluida la afeción de los derechos más personales y fundamentales. Las libertades públicas han sido tocadas, afectadas por Internet desde donde se producen censuras por parte de los Gobiernos o se nos ofrece como una herramienta delictiva para lesionar intereses personales y patrimoniales de forma rápida. Numerosos son los riesgos que corremos; troyanos, gusanos, infinidad de virus, programas espías...hacen imprescindible que reclamemos seguridad en la red, seguridad en Internet a través de instituciones tales como el INCIBE, a través de la regularización en aras a proteger infraestructuras estratégicas, de nuevos y mejorados protocolos, de medidas de seguridad como son las encriptaciones o la firma de Convenios internacionales similares al Convenio de Budapest.

Esta seguridad reclamada, señala Fuertes López, es necesaria e imprescindible para el desenvolvimiento de la sociedad actual, dependiente de Internet. Empero, junto a esa seguridad, las banderas que hemos de levantar son las banderas de la Libertad e Igualdad en el proyecto de hacer un Internet abierto y libre. Hemos llegado al desarrollo de Internet gracias a personas, científicos, generosas que han garantizado y posibilitado mediante sus investigaciones Internet y, actualmente se corre el riesgo de que grandes multinacionales de las telecomunicaciones impongan sus reglas por encima de estos derechos, por encima de la igualdad y la libertad.

Aún no se han conseguido aprobar aquellos instrumentos necesarios para garantizar un mercado único digital, es por ello que nos falla y por lo que algunos defendemos la bandera de la neutralidad. Defender la neutralidad de la Red es, por tanto, tratar de asegurar una mínima igualdad de los ciudadanos, que no se discriminen de manera arbitraria las nuevas iniciativas empresariales y, sobre todo, que no se afecten los derechos fundamentales y las libertades públicas, como la libertad de expresión, de información o la de comunicación. La Comisión Federal de Telecomunicaciones definió esta neutralidad de Internet o en la Red como la conjunción de cuatro libertades básicas: la libertad de acceso a los contenidos que elija el consumidor; la libertad de usar las aplicaciones que cada consumidor elija, lo que tiene como corolario que las empresas que creen aplicaciones deben tener la confianza de que sus productos funcionarán sin discriminaciones; la libertad para conectar los dispositivos personales, y la libertad para conocer las condiciones y cláusulas de los servicios que han contratado, como las distintas opciones de servicio, los programas que les protegen de virus, espías o garantizando su intimidad.

De este modo, prosigue Fuertes López, la libertad de los usuarios y la transparencia en la gestión de las empresas, prohíben prácticas de bloqueo de contenidos, aplicaciones, servicios o dispositivos, impiden discriminar de manera arbitraria el tráfico legal de datos, etc. Si bien, destaca ésta última característica, el trato y/o tráfico de datos, su gestión, como uno de los principales pilares en los cuales se apoya la neutralidad de la Red. Los datos han de ser transmitidos en igualdad de condiciones, sin establecer prioridades, sin postergar informaciones, y con independencia de su origen y destino. Ciertamente es que se han de tener en cuenta los mecanismos que regulan o establecen la distribución del tráfico de datos, para de ese modo no quedar abrumados por la cantidad de información recibida, de spam, etc. Esta gestión de datos, en todo caso, habrá de operar bajo el principio de proporcionalidad, para que la misma no derive en pactos colusorios, como sabemos restringidos por el Derecho de la competencia.

Los peligros de no defender la neutralidad en la Red han de ser conocidos, existe el riesgo de que estos datos sean discriminados en favor de beneficios empresariales, que las empresas de telecomunicaciones puedan impedir el acceso a determinados canales de información, servicios o aplicaciones en función del dispositivo de conexión o la compañía, e incluso que afecten a la exigencia de contraprestaciones a las empresas prestadoras del servicio.

Fuertes López afirma que no defender la neutralidad de la Red conduciría a permitir la colonización de muchos espacios, a fragmentar Internet, a consolidar el incremento de cotos cerrados para determinados usuarios, no habría innovación al romperse el alma de Internet. Es por ello que resulta indisponible la regulación y puesta al día por la Unión Europea en estos términos, dado que existe un considerable retraso, si tomamos como referente el caso de Estados Unidos de América. Urge que la Unión Europea afronte con decisión la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos en Internet frente a las grandes empresas de telecomunicaciones y servicios, mediante la observancia de los derechos relativos a la intimidad, a la dignidad, a la información, a la comunicación e incluso a la libertad de empresa.

Desde el Derecho de la Unión se están haciendo grandes esfuerzos para responder a esta nueva circunstancia, estos retos y problemas, sin embargo, sostiene Mercedes, son insuficientes debido a la complejidad, temporalidad y territorialidad de los instrumentos Estatales, y ello a pesar de las Directivas aprobadas en 2009 y que se conocen como “*Paquete Telecom*”, Directivas 2009/136 y 2009/140.

Junto a ello, señala Fuertes López, que la Unión Europea se encuentra en un período de carencia dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a fecha 8 de abril de 2014 en sentencia C-293/12 anuló una Directiva de Servicios, Directiva 2006/24/CE, que señalaba que las empresas operadoras habían afectado a la intimidad por haber mantenido en sus servidores distintos datos. Esta directiva tenía como principal objetivo armonizar las disposiciones de los Estados miembros relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro.

Estamos, asevera la ponente, en un período de cambio con esta protección, protección que ha de mantenerse, porque de no hacerlo, de no defender la neutralidad, se estaría admitiendo la supervisión de las comunicaciones, de las búsquedas, supondría tener que bajar la mirada y no ser tan dignos en ese horizonte que hemos conseguido, de conquista de libertad, de garantía de nuestros derechos.

Fuertes López concluye con una alusión a Rousseau quien en su libro “*Discursos sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres*” señala que cuando no se defienden esas garantías de oportunidad y de igualdad, se quiebran las oportunidades, se quiebra la igualdad y aparecen los abusos de poder, las posiciones dominantes y la pérdida de libertad. La calidad de nuestra democracia, afirma Dña. Mercedes Fuertes López, depende ahora mismo de que internet sea abierto, libre, y en eso somos todos responsables.

Comentarios de la relatora

Internet afecta directamente a nuestros derechos fundamentales: libertad, igualdad e intimidad. Estos son derechos que resuenan en el debate constitucional y comunitario. La necesidad de perfeccionar este ámbito hace indisponible el trabajo conjunto desde una perspectiva multidisciplinar que abarque no sólo las distintas ramas del Derecho, público y privado, sino también aquellas ciencias tecnológicas y de las telecomunicaciones. Junto al carácter multidisciplinar, la internacionalización y/o armonización de la normativa. Nos encontramos ante un reto global, internacional, que precisa del compromiso de los gobiernos y de las organizaciones internacionales, en aras a lograr la apertura y libertad de Internet, la prohibición de toda discriminación y la garantía de la ciberseguridad. Ello motiva el presente resumen de la ponencia de Dña. Mercedes Fuertes López.

Fuertes López, Mercedes, *Neutralidad de la Red ¿realidad o utopía?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, ISBN 9788416212491.

Mesa de debate y conclusiones

Participantes: **D. Francisco Pérez Bes**, Secretario General de INCIBE, Abogado, Especialista en Derecho TIC; **D. Avelino Fierro Gómez**, Fiscal de Menores y Cibercriminalidad de la Fiscalía de León; **Prof. Dr. D. José Gustavo Quirós Hidalgo**, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de León; **Prof. Dra. Dña. Mercedes Fuertes López**, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León.

Moderadora: **Prof. Dra. Dña. Isabel Durán Seco**, Profesora contratada doctora (acr. Profesora Titular) de Derecho Penal de la Universidad de León.

Relator: **D. Alfredo Alpaca Pérez**, Investigador Contratado Predoctoral de la Universidad de León.

Interviene en primer lugar, en la mesa de debate y conclusiones, Fierro Gómez, quien hace referencia a la ponencia presentada previamente por Fuertes López y plantea sus dudas con respecto a la existencia de la libertad de empresa en la red. Asimismo, alude al tema del “control parental”, escenario que permite plantear la pregunta de si los padres pueden intervenir en la información de sus hijos (revisar su ordenador, por ejemplo) y en el que, desde una perspectiva teórica, podría interpretarse desde la perspectiva de una causa de exclusión de la antijuridicidad. Este es un asunto, según Fierro Gómez, que resulta ser preocupante en la medida que no está resuelto jurídicamente, así como resulta preocupante, según Fierro Gómez, la supresión del derecho de corrección (desde diciembre de 2007, al haberse dejado de mencionar en el artículo 154 del Código Civil). Por otro lado, Fierro Gómez señala, con respecto a la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que se ha producido una transposición, de forma acrítica por parte del legislador, de la Directiva 2006/24/CE y establece que no se puede investigar nada que no sea un “delito grave”. Aunque no se encuentra a favor de esta modificación, Fierro Gómez señala que, afortunadamente, a partir de la reforma se va a dejar que se investigue y que no se vulnere un derecho fundamental (al secreto de las comunicaciones o a la intimidad) en el caso de cualquier delito cometido a través de medios tecnológicos. En todo caso, Fierro Gómez señala que los artículos modificados poseen muchas inseguridades y errores, por lo que difícilmente sean de utilidad a los prácticos.

Fuertes López interviene en segundo lugar, refiriéndose a la libertad de empresa, en la que puede encontrarse el dilema que se analiza en el Derecho público de la competencia y en el Derecho mercantil: ¿qué pasa con las nuevas iniciativas? Lo que se trata de hacer mediante el Derecho de la competencia es que los oligopolios no se consoliden, esto es, que haya nuevas iniciativas. Fuertes López destaca que en las resoluciones (sobre todo) de las Cortes americanas (aunque en España hay alguna) se ha conseguido que los distintos pactos entre operadores o empresas se declaren inválidos porque perjudicaban a una nueva iniciativa. Por otro lado, Fuertes López advierte la existencia del negocio de la determinación de los dominios. Esto, según afirma, equivale a «colonizar» internet. Fuertes López, propone, al contrario, una «colonización jurídica», la cual tendría que caracterizarse por ser llevada a cabo asegurando la defensa de derechos y libertades de los ciudadanos.

Seguidamente, se formulan en el público asistente algunas inquietudes sobre la libertad de empresa o la libertad en general en el ámbito de internet: ¿Cómo se podría plantear la regulación de la red si es que quien «tiene el mando» es una empresa privada ubicada en Estados Unidos? ¿Favorece realmente internet a la libertad? ¿Internet es una cosa pública o una cosa privada? Fuertes López niega la posibilidad de entender a internet como una cosa privada, y la califica como un gran conglomerado en donde confluyen cuestiones públicas y privadas. Internet es una gran red, aunque hoy existan diversos «bloques», diferenciados según los niveles de acceso que los países hacen posible (hay países que bloquean el acceso a determinada información en internet, y hay otros que permiten un acceso libre e ilimitado). Asimismo, según Fuertes López, no ha surgido un denominado “derecho global a internet”. Si bien es cierto hay cartas de derecho (tanto en la Unión Europea como en España), la idea de la exclusividad de la gestión privada resulta discutible. Habría, en todo caso, que matizar por sectores: de las infraestructuras, de las obligaciones de servicios (obligaciones públicas que se imponen a empresas privadas), etc. Por todo ello, resulta discutible admitir una perspectiva reduccionista y afirmar en virtud de ella que internet se trata de una empresa privada. Fuertes López concluye señalando que hay suficientes instrumentos jurídicos para buscar un equilibrio (entre lo privado y lo público) en el ámbito de internet.

Ante las inquietudes, formuladas por el público asistente, relacionadas a la posibilidad de que el empleador pueda acceder a las comunicaciones privadas del trabajador cuando tienen relación con un proceso penal, toma la palabra Quirós Hidalgo, quien señala que, ante todo, se deben distinguir dos ámbitos: el del Derecho penal, correspondiente al ámbito público, y el del Derecho del trabajo, que rige el ámbito laboral, de carácter privado, y aplicable en el marco de un conflicto entre la empresa y el trabajador. A pesar de esta diferenciación, el legislador, en el ámbito de la Ley reguladora de la jurisdicción social, modificó el artículo 90.4, que establece que cuando el empresario quiera acceder a documentos o archivos (en cualquier tipo de soporte) que pueda afectar la intimidad personal u otro derecho fundamental del trabajador, tiene que solicitarlo. Lo que habría que analizar, según Quirós Hidalgo sería determinar si esa modificación legislativa quiere insertar en el ámbito laboral un criterio jurisprudencial (establecida en una sentencia de mayo de 2014) o de complementar lo que ya existe: por un lado se puede entender que cada vez que el empresario quiera realizar esos controles, tendrá que ir a pedir la autorización judicial, o, por el contrario –y esto parece ser más razonable, sobre todo teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que ya están asentados–, entendiéndose que si hay una prohibición expresa o una regulación en un convenio colectivo, donde haya una prohibición de uso privado de los medios, se pueda extraer de ello una inexistencia de expectativas de intimidad, por lo que la prueba consistente en los controles que haya efectuado la empresa debería ser perfectamente válida. De esta manera, en el escenario en el que la empresa quiera hacer un control, porque tiene sospechas de un determinado trabajador, y existe una regulación previa por medio de convenios colectivos, entonces la empresa podría acceder a la información del trabajador e incorporar tal información como prueba en el marco del proceso correspondiente.

Seguidamente se plantea, por parte del público asistente, la inquietud referida al hecho de que, así como el empresario pone a disposición del trabajador los medios necesarios para prestar sus servicios, el trabajador puede poner sus cuentas personales a disposición de la empresa para trabajar. Ante ello, ¿Existiría posibilidad de control total del empresario de la información personal o se requiere de una autorización judicial? ¿Qué tipo de control quiere la empresa? ¿Cómo se protege? Ante ello, Quirós Hidalgo reconoce que en la actualidad cada vez más se fomenta la utilización de medios particulares en el ámbito laboral, con lo cual se podría apreciar un mayor margen del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones. Pero, desde el mismo momento en que ese medio privado se pone a disposición del trabajo, obviamente habrá determinadas conductas que no puedan ser sancionadas. En todo caso, según Quirós Hidalgo, cuando una persona, de forma expresa pone sus medios particulares al servicio del trabajo, existe una “conexión de laboralidad”. Evidentemente, no será posible impedir que un medio particular, además de ser utilizado para el trabajo, sea utilizado para cuestiones personales. Otra cosa es, según Quirós Hidalgo, que se utilice tal medio particular en horas de trabajo, etc.

Seguidamente toma la palabra Pérez Bes, quien señala que las cuestiones antes mencionadas tienen una importancia más profunda de lo que parece. Específicamente, se tratan de consideraciones que tienen que ver con la seguridad. Uno de estos asuntos es el concepto del “*insider*”, esto es, un el caso en el que un ciberataque provenga no de fuera de la entidad, sino del propio empleado (o de un descuido del propio empleado). Aquí cobra importancia la labor preventiva de las compañías de tener la política laboral de posible control en caso de ser necesario, pero tal política de control debe haber sido establecida con anterioridad. Si se tiene esa política ya prevista, bajo la forma de un procedimiento bien establecido, para cuando ocurra el suceso (la filtración de un expediente electrónico en un despacho de abogados, por ejemplo), este podrá ser abordado con seguridad jurídica. Según Pérez Bes, en el escenario descrito, estará más cubierto el punto de vista de seguridad, que en un escenario distinto en el que ocurra un hecho y recién a partir del mismo comience a plantearse una política de seguridad. Pérez Bes busca destacar entonces el concepto de “*insider*”, pues se trata de un concepto que, en su opinión, aparecerá con asiduidad por desgracia. De esta manera, desde el punto de vista laboral resulta ser mucho más importante de lo que parece el hecho de tener regulado un determinado sistema interno de seguridad para abordar de manera eficaz cualquier escenario o incidencia en el que estén involucrados empleados de un despacho, compañía u organización.

A continuación el público asistente formula la inquietud consistente en la falta de convencimiento, en el ámbito de la sociedad, de la relevancia penal de una conducta que resulta ser repetida de manera reiterada, como puede ser la difusión de material privado de terceras personas a través de internet o de medios electrónicos. Fierro Gómez toma la palabra y señala, en primer lugar, que un ilícito no puede crear costumbre. Por ello, no se podría alegar la reiteración de una determinada conducta para desvirtuar la relevancia penal de la misma en el caso concreto. Asimismo, Fierro Gómez somete a consideración de los asistentes la idea relacionada a la posibilidad de criminalizar el denominado “*sexting*” (envío de contenidos de tipo sexual –principalmente fotografías y/o vídeos– producidos generalmente por el

propio remitente, a otras personas por medio de teléfonos móviles), lo cual, desde su punto de vista, parece un asunto complejo, en la medida que, desde su punto de vista, sería más adecuado recurrir a mecanismos previos a la intervención penal: a la autorregulación, a la autocomposición y también a la autoconcienciación. En una red social muchas veces no se pueden reconocer los peligros de la misma (puede haber suplantación de la identidad, por ejemplo), e inclusive, según Fierro Gómez, se podría decir que el escenario propio de las redes sociales son “crimínógenos”. Se trata de un asunto, en realidad, vinculado con la educación (sobre todo de los jóvenes, en quienes los casos de “*sexting*” resultan ser más frecuentes).

En el público se formula la inquietud acerca si en la nueva regulación española o comunitaria existen mecanismos para proteger a los usuarios de las llamadas «puertas traseras» (secuencia especial mediante la cual se evitan los criterios de seguridad para acceder a un sistema). Toma la palabra Fuertes López, quien señala que en la actualidad todavía no se ha ultimado el procedimiento de los instrumentos normativos de la Unión Europea que van a impulsar el mercado único digital (sobre todo en las infraestructuras) y que inciden en esas nuevas condiciones de los prestadores de servicios (condiciones dadas por el Tribunal de Justicia). Fuertes López señala que en el ordenamiento español se mantienen disposiciones (se hace referencia a un procedimiento de reclamación de las controversias ante la Secretaría de Estado de Comunicación de los años 2005 y 2007), que regulan un procedimiento pensado en que las reclamaciones de los usuarios deben incluir las discrepancias sobre las condiciones de uso de esos programas.

En el público asistente se formula una inquietud sobre la relación entre la web “normal” y la denominada “web profunda”. Toma la palabra Pérez Bes, quien señala que esta última está pensada para el anonimato, y, a partir de ello, para la realización de actividades delictivas con cierta impunidad, o con una impunidad aparente hasta el momento. Pérez Bes, sin embargo, advierte que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (como el FBI, en Estados Unidos) ya están navegando por esas redes para tratar de identificar qué tipo de actividades se llevan a cabo en la “web profunda”, así como a las personas que realizan las mismas. No se puede negar que la “*deep web*” es un caldo de cultivo para llevar a cabo actividades ilícitas (venta de armas, de drogas, de órganos, etc.). La “web profunda” es una especie de “lugar sin ley”. Frente a esta situación, la alternativa, según Pérez Bes, debe ser seguir regulando la web normal y seguir trabajando para que no haya un internet “paralelo”, en el que algunas personas puedan llevar a cabo actividades ilícitas de manera impune.

Seguidamente, en el público asistente se formula la pregunta consistente en la insuficiencia de medios para hacer posible el combate a la delincuencia informática. Pérez Bes reconoce que, en efecto, los policías pueden no tener todos los recursos suficientes para hacer frente a la delincuencia informática, y que tampoco pueden tener la capacidad ni disponibilidad económica que tienen otras instancias policiales. Evidentemente, se necesitan más policías preparados en temas informáticos, con más recursos, más medios y mucha más formación. Fierro Gómez toma la palabra y complementa lo señalado por Pérez Bes, aportando la idea de que tampoco existe una jurisprudencia amplia ni uniforme sobre asuntos fundamentales como el denominado “daño informático”. Según Fierro Gómez, hay pocos medios y hay

pocos peritos, lo cual también contribuye a reconocer el estado jurisprudencial incipiente del combate a la delincuencia informática. Pérez Bes toma la palabra nuevamente y agrega que una de las soluciones que propone el Ministerio del Interior son los convenios de colaboración con el Ministerio de Industria (particularmente, con INCIBE). Así, afirma que se han desarrollado internamente herramientas (como la denominada “ASASEC”, que es un proyecto europeo centrado en la lucha contra la pornografía infantil) que se ponen a disposición de las Fiscalías. El “ANASEC”, por ejemplo, es una tecnología de reconocimiento facial y de reconocimiento de superficies, de manera que cuando la policía investiga un caso de pornografía infantil o pedofilia, la herramienta reconoce la fotografía o los vídeos y los pone en relación con casos antiguos, por lo que la policía podrá acceder a elementos que permitan vincular el caso investigado con casos anteriores (ya resueltos o en investigación).

Comentarios del relator

Las diversas intervenciones en la mesa final de debate han permitido a los asistentes completar la amplia visión que implica el abordaje jurídico de la cibercriminalidad y la ciberseguridad, así como las principales manifestaciones de estos fenómenos en la vida diaria y que por su creciente importancia, se consideran en la actualidad merecedores de una adecuada atención por parte de derecho. Los comentarios de los participantes en la mesa final permiten dejar en claro, a mi modo de ver, dos importantes asuntos. Primero, que las malas prácticas que algunos malos usuarios pueden llevar a cabo a través de la utilización de sistemas informáticos, bases de datos o plataformas en Internet, deben ser abordadas desde una perspectiva multidisciplinar, pues por los diversos ámbitos en que la tecnología de la información ha ocupado un lugar fundamental (laboral, salud, económico, educativo, etc.), se requiere inexorablemente la utilización de todas las herramientas jurídicas necesarias que no solamente concedan al buen usuario la garantía de una utilización libre y segura de los recursos informáticos que en la actualidad resultan irrenunciables, sino también para la contención del abuso de los mismos y la detección de las posibles malas prácticas (estafas informáticas, comercio ilegal de drogas y armas, transacción de pornografía infantil, etc.) que puedan llevar a cabo ciertos individuos. Segundo, que principalmente en el ámbito de la ciberseguridad y la cibercriminalidad se evidencia la necesidad de que el derecho se constituya en una materia en actualización permanente, pues de lo contrario su función de instrumento para la regulación de la vida de los ciudadanos en sociedad se volvería no en mucho tiempo obsoleta. El derecho (en sus diversas manifestaciones) debe erigirse, entonces, como un sistema en constante vinculación y realimentación con las más variadas expresiones de la innovación informática y tecnológica. La vía más adecuada para solucionar los variados problemas generados por el abuso de los recursos informáticos por parte de malos usuarios está estrechamente vinculada, entonces, con el desarrollo y mantenimiento un derecho “modernizado”, con una óptima capacidad de rendimiento para garantizar la libertad y seguridad a los buenos usuarios que emplean los recursos y herramientas del ciberespacio con responsabilidad.

II. ACTAS DEL II COLOQUIO BINACIONAL MÉXICO-ESPAÑA: DERECHO, JUSTICIA Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

El Área de Filosofía del Derecho, a través del Prof. Dr. D. Juan Antonio García Amado, Catedrático de la disciplina, y el Grupo de Innovación Docente para la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho Civil, ambos de la Universidad de León (ULE), organizaron durante los días 14 a 18 de diciembre de 2015 el *II Coloquio binacional México-España: Derecho, justicia y razonamiento jurídico*.

A lo largo de estas Jornadas se sucedieron conferencias, debates, análisis e intercambio de experiencias entre los participantes a través de un formato que combinó 20 conferencias impartidas por investigadores seniors con 46 breves ponencias a cargo de jóvenes investigadores en Derecho; todo ello en intensas sesiones de trabajo estructuradas conforme al Programa que a continuación se recoge.

Es digna de destacar la diferente procedencia de los profesores implicados: no sólo de la Universidad de León, sino también de la Universidad de A Coruña, Universidad Internacional de Cataluña, Universidad de Málaga, Universidad del País Vasco, Universidad de Valencia, Universidad de Vigo y, por supuesto, de la Universidad Autónoma Nacional de México (UNAM).

Conste, para concluir, el agradecimiento de la organización a la UNAM y, en particular, al Prof. Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz, Coordinador del Programa de Postgrado en Derecho de la UNAM, y a la Profra. Dra. Abril Uscanga Barradas. Sin la colaboración, hermandad y ganas de trabajar de ambos no hubiera sido posible la exitosa celebración del II Coloquio binacional México-España.

Programa de actividades

LUNES 14 DE DICIEMBRE	
9:30 horas	ACTO DE APERTURA
9:30-10:45 horas	CONFERENCIA "La crisis de los refugiados es el fracaso de la UE", Javier de Lucas Martín . Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia. CONFERENCIA. "Exilio Republicano Español en México", Fernando Serrano Migallón . Ex Director de la Facultad de Derecho y Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.
11:00-13:20 horas	RONDA DE PONENCIAS. "Derechos Humanos de migrantes en tránsito por México, un asunto de justicia pendiente. Idoneidad de las políticas públicas para su atención", Curiel González, Ivón Elizabeth . "Ensayo sobre una Teoría Crítica de los Derechos Humanos y algunos contextos a discutir", Azar López, Bernardo Anwar .

	<p>"El derecho a la seguridad como un paradigma de limitación de los derechos fundamentales", Cervantes Velázquez Roxana Irene.</p> <p>"Razonamiento jurídico en materia de Derechos Humanos", Castillo Sierra, Bithia.</p> <p>"La UE en la gestión de los flujos migratorios; una perspectiva comunitaria para abordar el tema del derecho de asilo y de refugio", Bartholino, Margherita</p>
13:30-14:00 horas	<p>CONFERENCIA. "Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos", Ángeles Solanes Corella. Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia.</p>
Receso de actividades	
16:00-17:20 horas	<p>CONFERENCIA. "El fracaso de la acción internacional en la protección de los derechos humanos en el Mediterráneo", Consuelo Ramón Chornet Catedrática de Derecho Internacional Público y Directora Instituto Derechos Humanos, Universidad de Valencia.</p> <p>CONFERENCIA. "Protección internacional de inversiones", Carlos Humberto Reyes Díaz. Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho y Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.</p>
17:20-19:45 horas	<p>RONDA DE PONENCIAS</p> <p>"Retos del Sistema Jurídico en la protección ambiental", De los Santos Martínez, David Humberto.</p> <p>"Derecho, justicia y razonamiento jurídico en la libertad de tránsito vehicular en el Distrito Federal", Flores Jiménez Elda Verónica.</p> <p>"Los Derechos Humanos del contribuyente", Maldonado Villalpando, Irving Alejandro.</p> <p>"Los Derechos Humanos como límites al Derecho Fiscal Mexicano", Ramírez Valle, Alejandro.</p> <p>"Violencia institucional y estructural al servicio de un estado empresarial, en busca de la injusticia social", Hernández Romero Oscar Omar.</p>

MARTES 15 DE DICIEMBRE	
9:30-10:45 horas	<p>CONFERENCIA. "Transparencia Electoral", Cecilia del Carmen Azuara Arai, Titular de la Unidad de Transparencia y Protección de Datos Personales del Instituto Nacional Electoral y Profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México.</p> <p>CONFERENCIA. "El Estado autoritario de gobernanza", Agustín J. Menéndez Menéndez, Profesor (acr. Titular) de Filosofía del Derecho, Universidad de León.</p>

11:00-13:20 horas	<p>RONDA DE PONENTIAS</p> <p>"La libertad republicana como canal articulador de una sociedad igualitaria y fraterna, sustentos básicos del Estado constitucional del siglo XXI", Osorio Gómez, Octavio.</p> <p>"¿Debemos insistir en pensar en la democracia?", Guerrero Navarro, Salvador.</p> <p>"Problemas y paradigmas de la relación entre: derecho, justicia y libertad", Suenaga Olmeda, Iris Yanara.</p> <p>"Problemas semánticos y de interpretación en el derecho: el caso de Estado de Derecho", López González Francisco.</p> <p>"La Teoría de distribución económica en México", Yudico Alcántara, Nancy Paulina.</p> <p>"Derecho de reunión y libertad de expresión a la luz de la actual orientación político-criminal en España", Uribe Barrera, Juan Pablo.</p>
13:30-14:00 horas	<p>CONFERENCIA CONJUNTA. "El Neorepublicanismo como modelo de Estado democrático: ¿Tiene futuro el republicanismo en México o España?", Abril Uscanga Barradas, Profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México/ Juan Antonio García Amado, Universidad de León.</p>
Receso de actividades	
16:00-17:20 horas	<p>CONFERENCIA "Acuerdos teóricos vs. Desacuerdos prácticos en la interpretación judicial", Victoria Iturralde Sesma, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Filosofía del Derecho, Universidad del País Vasco.</p> <p>CONFERENCIA. "Razonamiento Jurídico y Derecho Internacional Judicial", Guillermo Enrique Estrada Adán, Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.</p>
17:20-19:30 horas	<p>RONDA DE PONENTIAS</p> <p>"Los derechos humanos como directivas de interpretación de las normas jurídicas. Consideraciones críticas", Ríos Díaz, Sergio.</p> <p>"¿El Derecho cambia? Una concepción entre derecho y justicia" Hernández Lucas, Adrián.</p> <p>"La producción "masiva" de leyes como obstáculo de la justicia. Panorama hermenéutico", Aguirre Ponciano, Gustavo.</p> <p>"La reivindicación de la abogacía a través de la ética: razones para la no colegialización obligatoria", Fuentes González, Tanya Sarai.</p> <p>"Nuevas fórmulas de contratación internacional de servicios turísticos: especial atención a los <i>dynamic packages</i>", Carrizo Aguado, David.</p>
MIÉRCOLES 16 DE DICIEMBRE	
9:30-10:45 horas	<p>CONFERENCIA. "Prostitución y Derecho: el debate sobre el trabajo sexual", Concepción Gimeno Presa. Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de León.</p>

<p>11:00- 13:30 horas</p>	<p>RONDA DE PONENCIAS "Derecho y postmodernidad. Pensar, discutir, enseñar y aprender derecho con nuevas categorías", Arellano Torres, Walter Martín. "La impostergable inclusión del exceso ritual manifiesto, desde una perspectiva argumentativa", Lechuga Xocostle, Jessica Alicia. "Los Modelos contemporáneos de justicia constitucional en el nuevo paradigma de internacionalización de los derechos humanos", González Porras, Lizette. "Impartición de justicia para los empleados judiciales", Jiménez Carlos, Gabriel. "Acceso a la justicia y razonamiento jurídico", Alcantar Valencia, Hugo Andrés. "La des-racionalización de la justicia en el sistema jurídico mexicano", Romo Valdovinos, Iván Josué.</p>
<p>13:30- 14:00 horas</p>	<p>CONFERENCIA. "El control del razonamiento presuntivo en sede de recursos". Carlos de Miranda Vázquez, Profesor de Derecho Procesal, Universidad Internacional de Cataluña.</p>
<p>Receso de actividades</p>	
<p>16:00- 16:40 horas</p>	<p>CONFERENCIA. "¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?". José Manuel Cabra Apalategui, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga.</p>
<p>17:00- 19:30 horas</p>	<p>RONDA DE PONENCIAS "Inestabilidad de los agentes del ministerio público, peritos y miembros de las instituciones policiales en el desempeño de sus funciones", Espinoza Rodríguez, Juan Ignacio. "La libre valoración de la prueba (Sistema Penal Acusatorio vigente en México)", Muñoz Ortiz, Liliana. "Justicia constitucional y su internacionalización", Roldán Orozco, Omar Giovanni. "Hacia la construcción y materialización de una justicia ambiental: caso Colombia-México", Olaya López, Diego Felipe. "Análisis del acceso a la justicia, presunción de inocencia, desde la fundamentación kantiana en el proceso penal acusatorio y oral en México", Rubio Suárez, Edith Alejandra.</p>

<p>JUEVES 17 DE DICIEMBRE</p>	
<p>9:30-10:10 horas</p>	<p>CONFERENCIA. "El parto anónimo". Marta Ordás Alonso, Profesora Titular de Derecho Civil y Directora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de León.</p>

11:00- 13:20 horas	<p>RONDA DE PONENCIAS</p> <p>"El cambio de paradigma en el Derecho familiar mexicano. Un acercamiento al razonamiento sociológico y jurídico del divorcio incausado frente al divorcio causal", Alonso Ricárdez, José Manuel.</p> <p>"Efectos en el Distrito Federal de la disolución de uniones de parejas del mismo sexo con relación a los hijos. Guarda y custodia" Celis García, Claudia.</p> <p>"La desjudicialización de la Administración de Justicia en un ámbito "imposible": los procesos no dispositivos ", Llamas Bao, Cristina.</p> <p>"El nuevo motivo del recurso de revisión para la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Simarro Pedreira, Margarita.</p> <p>"Instrumentos de protección ambiental en la UE y Brasil", Siqueira Loureiro, Silvia Regina.</p>
13:30- 14:00 horas	<p>CONFERENCIA. "Mecanismos alternativos frente al desahucio hipotecario". Pilar Gutiérrez Santiago, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Civil, Universidad de León.</p>
Receso de actividades	
16:00- 16:40 horas	<p>CONFERENCIA. "¿Autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder?". Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal y Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de León, España.</p>
17:00- 19:30 horas	<p>RONDA DE PONENCIAS</p> <p>"La ficha de identificación criminal en el Sistema Jurídico Mexicano", Rosas García Francisco.</p> <p>"Normas y antijuridicidad en Derecho penal", Alpaca Pérez, Alfredo.</p> <p>"La justicia penal en épocas de transición", Serrano, Stephanía.</p> <p>"Reforma penal, justicia y el nuevo Sistema Penitenciario en México", Enríquez Hernández Salvador.</p> <p>"Líneas maestras de la nueva contratación pública europea", Martínez Fernández, José Manuel</p>

VIERNES 18 DE DICIEMBRE	
9:30-10:45 horas	<p>CONFERENCIA. "Sobre las diferencias conceptuales entre venganza y castigo". Pablo Bonorino Ramírez. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Vigo.</p> <p>CONFERENCIA. "Medidas paliativas frente a la ejecución hipotecaria". Helena Díez García, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Civil, Universidad de León.</p>

11:00- 13:20	RONDA DE PONENCIAS "Los derechos laborales en México desde la perspectiva del trabajador inmigrante: realidades y ficciones de un sistema normativo laboral discriminatorio", Diez García, Javier . "Los retos del sistema tributario ante las plataformas digitales de coche compartido: el caso Blablacar", González Aparicio, Marta . "Aspectos jurídico-tecnológicos de la movilidad por violencia de género de la empleada pública", Gil Durán, María Paz . "Supuestos y consecuencias de la violencia por omisión en el Estado mexicano", Nussbaumer Ayala, José Carlos .
13:30- 14:00 horas	CONFERENCIA. "La responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de protección de los derechos de crédito". José Manuel Busto Lago . Catedrático de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña.
14:00 horas	ACTO DE CLAUSURA

MÉTODO Y NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PARA LOS AUTORES

Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares, y se realizará de la siguiente forma:

A) Los artículos se remitirán por los autores al Director o Director Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad de León durante el plazo aprobado por el Consejo de Redacción, dejando el Director constancia de la fecha de recepción.

Los artículos podrán remitirse a una dirección de correo electrónico propia de la Revista Jurídica de la Universidad de León o a la de algún miembro del Consejo de Redacción, quien los transmitirá a la misma.

Igualmente pueden remitirse, a su dirección postal, en cuyo caso se adjuntará, junto al ejemplar impreso, una copia en formato electrónico, a la atención del Director de la Revista, Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus de Vegazana s/n, 24071, LEÓN.

B) El Director o Director Adjunto lo remitirá en el plazo de 20 días hábiles desde su admisión por el Consejo de Redacción a dos evaluadores vinculados al Área de conocimiento sobre la que verse el contenido del artículo, siempre que previamente cumplan las condiciones descritas en este Reglamento para su publicación.

Ambos evaluadores, uno de los dos o ninguno, podrán ser miembros el Comité Científico/Evaluador de la Revista. Deberán emitir su informe en un plazo máximo de 30 días hábiles.

En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador o someterlo a la consideración del Consejo de Redacción. Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado.

C) La remisión será, en todos los casos y sin excepción, anónima para el evaluador, es decir, sin que el evaluador tenga acceso el nombre del autor, y se hará por cualquier medio de comunicación, en particular por correo electrónico. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico el artículo presentado por el autor, determinando un modo que impida reconocer la autoría del artículo.

D) Para ser publicado deberá ser aceptado por los dos evaluadores, quienes valorarán:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones.
- b. Rigor investigador, esto es, manejo y justificación de las fuentes doctrinales, bibliográficas, jurisprudenciales y normativas en que se apoyen las argumentaciones y/o conclusiones expuestas, según sea el caso del contenido del artículo.

E) La evaluación será anónima con indicación de:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones: apto/no apto.

- b. Rigor investigador: apto/no apto.
 - c. En el caso de que un artículo se considere no apto deberán exponerse sucintamente los motivos.
- F) El evaluador entregará una plantilla con una ficha a rellenar, con indicación de:
- a. Título del artículo.
 - b. Aptitud o no de la originalidad y rigor investigador del artículo.
 - c. Caso de no ser apto explicación sucinta de los motivos.
 - d. A estos efectos la plantilla de la ficha tendrá carácter uniforme para todos los artículos, se elaborará por el Director o Directores de la Revista y será aprobada por el Consejo de Redacción.
 - e. La ficha de evaluación podrá enviarse y recibirse por medios telemáticos tales como correo electrónico.
- G) El autor podrá tener acceso a la evaluación pero, en todos los casos y sin excepción, tendrá carácter anónimo para evitar disensiones entre los miembros de la comunidad científica e investigadora del Derecho. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico la valoración notificada por el evaluador, determinando un modo electrónico que impida reconocer la autoría de la evaluación.
- H) El Director tomará constancia de la fecha de aceptación del artículo y lo hará reflejar en la publicación del mismo.

Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
- a. Autores de la Universidad de León.
 - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
 - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.

E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

Contenido de la publicación de los artículos doctrinales

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
 - a. Autor.
 - b. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
 - c. Título del artículo.
 - d. Resumen en el idioma original del artículo.
 - e. Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
 - f. Palabras clave.
 - g. Palabras clave en inglés.
 - h. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
 - i. Índice de contenido.
 - j. Contenido.
 - k. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.

El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.

- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.
- 2.1.

- 2.2.
- A)
- B)
- C)

Método de notas al pie y de bibliografía

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
 - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
 - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
 - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

Extensión de los artículos

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 3 páginas.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

SITIO WEB DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Sitio web

La Facultad de Derecho promoverá y procurará la creación de un espacio web desde el que difundir la Revista Jurídica de la Universidad de León, inclusive sus contenidos, cometido que se podrá encargar a difusores externos especializados en esta actividad.